Nebenbestimmungen der Verwaltungsakte unter Berücksichtigung der Wirkungen einer unzulässigen Auflage

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
bei der
rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Breslau

vorgelegt von

Arno Schnell

Gerichtsreferendar aus Stargard i. Pom.

Breslau 1932

Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H., Breslau I

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

---

Berichterstatter: Geheimrat Prof. Dr. Helfritz.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung: Zweck der Aufgabe 7

B. Hauptteil:

I. Privates und öffentliches Recht 9

II. Begriffliche Grundlegung und Wirkungen . . 12

1. der ersten Gruppe der Nebenbestimmungen

a) Befristungen 12

aa) Begriff 12

bb) Wirkungen 12

b) Widerrufsvorbehalte 13

c) Bestimmungen, die auf den Ausschluß gewisser an den Verwaltungsakt geknüpfter Rechtswirkungen gerichtet sind 13 14

2. der zweiten Gruppe der Nebenbestimmungen (Bedingung und Auflage) . . . 15

a) Bedingung 15

aa) Die Bedingung im Privatrecht . . 15

bb) Die Bedingung als Nebenbestimmung 16

cc) Die Bedingung im Verwaltungsrecht 16

dd) Wirkungen der Bedingung . . . 17

ee) Ihre Bedeutung im Verwaltungsrecht 20

b) Auflage 20

aa) Die Auflage im Privatrecht . . . 20

bb) Die Auflage im Verwaltungsrecht . 21

α) Wesen und Bedeutung . . . 21

β) Wirkungen 21

c) Gegenüberstellung von Bedingung und Auflage — Stellung der Literatur und Praxis 22

Seite

d) Anwendungsgebiet von Bedingung und Auflage 27

aa) Konzessionsbedingungen 27
α) Bauerlaubnis 27
β) Gewerbekonzession 28

bb) Die Konzessionsbedingungen des rechtsverleihenden Verwaltungsaktes 30
α) Eisenbahnkonzessionsbedingungen 30
β) Wasserkonzessionsbedingungen und Bedingungen bei Verleihung öffentlicher Unternehmungen 31

cc) Bedingte Befehle 31

dd) Bedingte Versprechen 32

ee) Anhang: Generalklausel der Gewerbeordnung 32

III. Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen . . 33

1. Allgemeine Grundsätze 33

2. Die Unzulässigkeitsgründe 35

a) Übersicht über die Unzulässigkeitsgründe 35

b) Formale Unzulässigkeitsgründe . . . 36

aa) Mangel der Schriftform 36
bb) Unbestimmtheit 36

c) Sachliche Unzulässigkeitsgründe . . . 37

aa) Gebundenheit der Behörde . . . 37
α) Bei Rechtsgeschäften des öffentlichen Rechts 37
β) Bei Rechtshandlungen 37

bb) Ermessensfehler 39
α) Grenze des Übermaßes . . . 39
β) Grenze der Schädlichkeit . . . 41

d) Unzulässigkeit von Nebenbestimmungen mit Einwilligung des Betroffenen . . 41

V. Die Wirkungen unzulässiger Nebenbestimmungen unter Berücksichtigung einer unzulässigen Auflage 42

Seite

1. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Nebenbestimmungen 42
   a) Grundsatz der Anfechtbarkeit im öffentlichen Recht 42
   b) Ausnahmefälle der Nichtigkeit bei gesetzwidrigen Nebenbestimmungen . . 43
      aa) Erlaß durch die sachlich und örtlich unzuständige Behörde 43
      bb) Verstoß gegen Form- und Verfahrensvorschriften 43
      cc) Verletzung der Grenzen des rechtlich und tatsächlich Möglichen . . 43
   c) Anfechtbarkeit der Auflage 44
2. Einfluß unzulässiger Nebenbestimmungen auf den Verwaltungsakt als Ganzes . . . 45
   a) Stellung der Literatur und Praxis . . . 45
   b) Kritik der Meinungen 45
   c) Wirkung der unzulässigen Auflage auf den Verwaltungsakt 48

C. Schluß: Ergebnis der Untersuchungen 48

A. Die vorliegende Arbeit will den Versuch machen, über die konkrete Darstellung der einzelnen Nebenbestimmungen der Verwaltungsakte hinaus einen Beitrag zu liefern zu dem bisher fehlenden „allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts" und zugleich zu einem „allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts" überhaupt. Daß das Verwaltungsrecht bisher eine Systematisierung hat vermissen müssen, liegt in seiner Jugend begründet. Unstreitig aber ist, daß es — wie jede Rechtsdisziplin — einer solchen Gliederung bedarf, innerhalb deren ein allgemeiner Teil die besonders wichtige Aufgabe hat, die allgemein grundsätzlichen Rechtsgedanken des Verwaltungsrechts und des öffentlichen Rechts überhaupt darzulegen.

Wesentlich anders liegen die Verhältnisse auf dem Gebiete des privaten Rechts, das auf der Grundlage des römischen Rechts und der zahlreichen Partikularrechte Jahrhunderte hindurch durch Wissenschaft und Praxis eine tiefgründige Durchdringung erfahren konnte mit dem Ergebnis, daß die allgemeinen Lehren als Ganzes heute vor uns liegen.

Aus dieser Erkenntnis heraus forderten schon Bernatzik[1]) und Stoerk[2]) den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts, zu dessen Grundlegung bereits eine Anzahl Untersuchungen vorliegen.[3]) Diese Darstellungen zeigen vielfach eine Anlehnung an das Privatrecht, und wenn man im Verwaltungsrechte Begriffen begegnet wie denen des Vertrages,[4]) der condicio,[5]) der Verjährung[6]) usw., die zum Wesen des

---

[1]) Vorrede IV, V, Rechtsprechung u. mat. Rechtskraft.

[2]) Bei Grünhut 12, 159; and. Ansicht: Hatschek in Jahrb. öff. R. 3, 53 ff.

[3]) Von den zahlreichen in Betracht kommenden Werken seien hier hervorgehoben: v. Gierke, Die Genossenschaftstheorie; Rosin, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft; Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte; O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht; Kormann, System der rechtsgeschäftl. Staatsakte; Reichsabgabenordnung 1919, die z. T. allg. verwaltungsrechtliche Begriffe enthält.

[4]) Kormann, § 5.

[5]) Fleiner, Institutionen, S. 180; Tezner, Privatrechtstitel, S. 554.

[6]) Fleiner a. a. O. S. 436; Gerhardt, Verjährung öffentl.-rechtlicher Ansprüche (Zeitschr. d. freiw. Gerichtsbark. von Boscher-Mayer Bd. 43 S. 104).

Privatrechts gehören, so kommt man zu einer der umstrittensten Fragen des Rechtsgebiets, die ebenfalls in der vorliegenden Darstellung über Nebenbestimmungen der Verwaltungsakte zu untersuchen sind, zu der Frage nach der Zulässigkeit der Übertragung privatrechtlicher Institute auf das öffentliche Recht und deren wissenschaftlichen Begründung.

Es sollen in dieser Arbeit die Nebenbestimmungen der Verwaltungsakte untersucht werden. Daher ist zunächst festzustellen, was unter Nebenbestimmungen zu verstehen ist, soweit sie nicht zu den begriffsnotwendigen Momenten des Geschäfts gehören. Vor allem fallen unter diesen Begriff die von zahlreichen Schriftstellern und der Praxis oberflächlich sog. Bedingungen. Dieser Sammelbegriff kann beibehalten werden, wenn man unter Bedingungen in diesem Sinne mit O. Mayer[7]) eine Reihe von Nebenbestimmungen versteht, die ihrem Wesen nach verschieden sind: Befristungen, Widerrufsvorbehalte, echte Bedingungen und Auflagen. Als zweite Gruppe von Nebenbestimmungen sind die Bestimmungen zu setzen, die auf Ausschluß gewisser an den Verwaltungsakt in der Regel geknüpfter Rechtswirkungen gerichtet sind, obwohl sie von O. Mayer und zahlreichen anderen Schriftstellern unberücksichtigt gelassen werden.

Ferner ist es nötig, den Begriff „Verwaltungsakt" genauer zu umgrenzen. Wenn man von der Bedeutung des Wortes ausgeht, ist unter einem Verwaltungsakt jede Vornahme der Staatsverwaltung in dem Sinne zu verstehen, wie sie G. Jellinek[8]) als Tätigkeitsäußerung der Verwaltung bezeichnet. Aus Kormanns[9]) Unterscheidung eines vierfachen Begriffs des Verwaltungsaktes ist für die vorliegende Darstellung als Grundlage der Untersuchung der Begriff des rechtsgeschäftlichen Verwaltungsaktes zu entnehmen, unter dem diejenige mit obrigkeitlicher Autorität vorgenommene Handlung einer Verwaltungsbehörde zu verstehen ist, die auf den Eintritt bestimmter Rechtsfolgen gerichtet ist.[10]) Daneben sollen auch die Verwaltungsakte Berücksichtigung finden, die einer Rechtsfolgerichtung entbehren und die mit der überwiegenden Terminologie als rechtshandlungsmäßige Verwaltungsakte[11]) zu bezeichnen sind.

---

[7]) I, 296, 297 (1. Aufl.).
[8]) Gesetz u. Verordnung, S. 221 ff.
[9]) System, S. 26 ff.
[10]) Fleiner a. a. O. S. 183; Kormann, S. 18 ff.; W. Jellinek, Fehlerhafter Staatsakt, S. 19.
[11]) Kormann, S. 22.

Da die verwaltungsrechtlichen Nebenbestimmungen — wie schon erwähnt — dem Privatrecht entnommen sind, soll zunächst die Vorfrage nach der Zulässigkeit der Übertragung privatrechtlicher Institute aufs öffentliche Recht untersucht werden. Dann weiter die erste Gruppe der Nebenbestimmungen, die Befristungen, Widerrufsvorbehalte sowie die auf Ausschluß gewisser aus dem Verwaltungsrecht in der Regel geknüpfter Rechtswirkungen gerichteten Bestimmungen vorweggenommen werden, um endlich zu den beiden wichtigsten Nebenbestimmungen der Verwaltungsakte — der Bedingung und Auflage — überzugehen und mit den Wirkungen einer unzulässigen Auflage die Untersuchungen abzuschließen.

B. I. Die für die folgenden Untersuchungen notwendige grundsätzliche Vorfrage nach der Zulässigkeit der Übertragung privatrechtlicher Rechtsinstitute auf das öffentliche Recht und die damit zusammenhängende Frage nach der Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht ist in der Literatur vielfach behandelt worden.[1])

Der damit angedeutete Unterschied von privatem und öffentlichem Recht ist insbesondere von Kelsen geleugnet worden. Auf Grund seiner rechtsphilosophischen Ansicht von der Einheitlichkeit des Rechts behauptet er, daß das Recht lediglich formal gestaltet sei. Die Rechtswissenschaft ist für ihn überhaupt eine Formalwissenschaft. Diese Art der Kelsenschen Betrachtung des Rechts geht aber an der Tatsache vorüber, daß das Recht als bloße Form ohne einen Inhalt nicht vorstellbar ist, und mit Rücksicht auf den Inhalt unterscheiden sich die Regeln des öffentlichen Rechts von denen des Privatrechts.

Wenn man nun ein Unterscheidungsmerkmal für die Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht sucht, um an dem gefundenen Maßstabe die Möglichkeit der Übernahme von privatrechtlichen Instituten ins öffentliche Recht bejahen oder verneinen zu können, so finden sich in der Literatur zahlreiche Theorien,[2]) die sich auf diese Frage beziehen, und das Vorhandensein eines so umfangreichen Schrifttums deutet bereits auf die Schwierigkeit hin, einen geeigneten Maßstab für die Unterscheidung zu finden.

---

[1]) Fleiner a. a. O. S. 48; Stier-Somlo § 3; Kelsen, Hauptprobleme; ders. Archiv f. öffentliches Recht 31, 53 u. 190; Weyr, Arch. f. öff. Recht, 23, 529; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 46; G. Jellinek, System, S. 9 ff.

[2]) Holliger führt 17 Theorien an (S. 11 ff.).

Historisch betrachtet unterscheidet bereits das römische Recht[3]) zwischen privatem und öffentlichem Recht mit dem Satze Ulpians: „publicum ius est, quod ad statum (rei Romanae) spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia quaedam privatim." Das Kriterium, das dieser römisch-rechtlichen Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht zugrunde liegt, ist ganz offenbar der Zweck im Recht. Nun ist aber eine scharfe Trennung von privaten und öffentlichen Zwecken keineswegs praktisch durchzuführen, da jeder Rechtssatz beiden Zwecken dienstbar gemacht werden kann je nachdem, welchen Standpunkt man einnimmt. Begreift man die Rechtsordnung von einem objektiven kritischen Standpunkte aus, so erscheinen alle Rechtssätze als im allgemeinen Interesse erlassen, d. h. sie sind öffentlich-rechtlicher Natur; begreift man sie vom subjektiven individualistischen Standpunkte, so erscheinen sie im individuellen Interesse gegeben, d. h. sie sind privater Natur. Daraus erklärt es sich, daß man das Eigentum z. B. mit vollem Recht als öffentliches und das Wahlrecht andererseits als ein privates Recht bezeichnen kann.[4]) Aus diesen Erwägungen heraus kann der Zweck als kein gültiges Unterscheidungsmerkmal für die Trennung des öffentlichen vom privaten Recht angesehen werden.

Ebenso kann die Beteiligung einer Hoheitsperson an einem Rechtsverhältnis mit Rücksicht auf ihr Auftreten als Privatperson (z. B. Staat als Fiskus) für den Gegensatz von Privat- und öffentlichem Recht keineswegs maßgebend sein.

Ferner ist die Auffassung vorhanden, daß das öffentliche Recht zwingende Rechtsnormen, das Privatrecht dagegen nachgiebiges Recht enthalte.[5]) Diese Lehre, die auf der in den Pandekten sich findenden Gleichsetzung des ius cogens mit dem ius publicum beruht,[6]) ist mit Rücksicht auf Fälle abzulehnen, welche die Durchbrechung dieses Satzes beweisen. Es ist dabei an den Klageverzicht einerseits sowie an die Unzulässigkeit des Haftungsausschlusses wegen Vorsatzes gemäß § 276 B.G.B. und die gesetzliche Unterhaltspflicht andererseits zu denken.

In seinem System der subjektiven Rechte hat Jellinek[7]) auf dem Gebiete der Normeneinteilung ein Unterscheidungs-

[3]) I. 1, 1 § 4; D 1, 1, 1 § 2.
[4]) Kelsen, Hauptprobleme, S. 630 ff.; O. Mayer, Verw.Recht, S. 70 ff.
[5]) v. Tuhr, S. 27 ff.
[6]) Vgl. Windscheid-Kipp, § 30, Anm. 1 S. 126.
[7]) System, S. 50 ff.

merkmal zwischen subjektiven öffentlichen und subjektiven privaten Rechten aufzustellen unternommen. Er sieht dieses Unterscheidungsmerkmal darin, daß die subjektiven öffentlichen Rechte stets nur ein „Können" enthalten, während bei den subjektiven privaten Rechten dieses Können mit dem „Dürfen" notwendigerweise verknüpft sei. Ein verschiedenartiger Zweck der Rechtssätze ist jedoch abzulehnen; denn wenn die Rechtssätze sowohl den privaten wie den öffentlichen Zweck erfüllen, müssen sie in gleicher Weise sowohl ein „Können" wie ein „Dürfen" enthalten.[8])

Nach einer in der Wissenschaft und Praxis weitverbreiteten Auffassung[9]) sollen die vermögensrechtlichen Rechtsverhältnisse, die auf Privatrechtstiteln (Vertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung) aufgebaut sind, in das Gebiet des Privatrechts fallen. Diese Ansicht muß deshalb als unzutreffend bezeichnet werden, weil für den Charakter eines Rechtsverhältnisses sein Vermögenswert und sein Rechtstitel von untergeordneter Bedeutung ist.[10]) Ebenso verhält es sich mit den Rechtsverhältnissen, die der Zuständigkeit der Zivilgerichte unterstehen.[11])

Von diesen zahlreichen, in der Literatur vertretenen Meinungen, die ein Kriterium für den Unterschied des öffentlichen vom privaten Recht suchen, scheint trotz der gemachten Einwände die Lehre Jellineks[12]) am beachtenswertesten zu sein. Nach seiner Ansicht regelt das Privatrecht die Machtsphären koordinierter Subjekte und das öffentliche Recht im Gegensatz dazu die Beziehungen des übergeordneten Staates zu seinen subordinierten Bürgern.[13]) Wenn auch diese Ko- und Subordinationstheorie Jellineks nicht restlos alle denkbaren Fälle zu lösen vermag, da eine scharfe Grenzziehung, wann und wieweit die Hoheitsperson mit hoheitlicher Macht ausgerüstet auftritt, kaum möglich ist, so ist sie schon deshalb am brauchbarsten, weil sie im Grunde das richtige Unterscheidungsmerkmal enthält. Es soll natürlich nicht vergessen werden, daß Privat- und öffentliches Recht gewisse Zusammenhänge aufweisen und daß mit Rücksicht auf den Inhalt die Rechtssätze keine absoluten Gegensätze bilden, sondern lediglich Unterschiede enthalten.

---

[8]) Kelsen a. a. O. S. 646.
[9]) Z. B. Dernburg, S. 50.
[10]) Sohm. Institutionen § 19.
[11]) Vgl. Fassung des § 13 G.V.G.
[12]) System, S. 9.
[13]) Fleiner, Institutionen, S. 49 ff.; ähnlich Enneccerus, Allgem. Teil § 31, I 2 u. 3; ferner Lassar, S. 1.

Daher geben auch Schriftsteller,[14]) die der Auffassung Kelsens von der Einheitlichkeit des Rechts (kein Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht) nicht folgen, zu, daß öffentliches und privates Recht nicht etwa auseinanderklaffen, sondern Zusammenhänge aufweisen. Daraus ist es zu erklären, daß in beiden Rechtsgebieten dieselben Rechtsverhältnisse vorkommen und daß ferner Rechtsinstitute des Privatrechts ins öffentliche Recht und umgekehrt übernommen werden können. Auch die Übertragung der aus dem Privatrecht kommenden Nebenbestimmungen (Befristung, Bedingung, Auflage) auf das öffentliche Recht — diese Institute kommen sowohl im Privatrecht als im öffentlichen Recht vor — findet seine Rechtfertigung in diesen Gedanken.[15]) Damit soll weder gesagt sein, daß diese Begriffe nach Form und Inhalt gleicher Art sind noch daß ihnen die gleiche Bedeutung in beiden Rechtsgebieten zukommt. Beide Fragen werden in der folgenden Darstellung untersucht werden.

II. 1. Von der ersten Gruppe der Nebenbestimmungen soll mit der Untersuchung der Befristungen begonnen werden.

a) aa) In dieser verwaltungsrechtlichen Erörterung ist der dem Privatrecht entsprechende Begriff der Befristung zugrunde zu legen und unter einer Befristung die einer Erklärung beigefügte zeitliche Beschränkung zu verstehen derart, daß eine Rechtswirkung mit dem Eintritt eines zukünftigen gewissen Ereignisses beginnen oder bis dahin dauern soll.[1])

Von diesem Begriff der eigentlichen Befristung ist zunächst ein Gebilde zu unterscheiden: dasjenige, welches O. Mayer[2]) an der Polizeierlaubnis darstellt, enthält neben der Erlaubnis eine Zeitbestimmung, die das Unternehmen selbst genauer kennzeichnet, z. B. die Erlaubnis zum Betrieb einer Wirtschaft für bestimmte Feiertage. Bei einer derartigen Erlaubnis handelt es sich nicht um eine zeitlich beschränkte Erlaubnis für das Unternehmen, sondern um die Erlaubnis für ein seiner Art nach zeitlich beschränktes Unternehmen.[3]) Ein reiner Befristungsbegriff ist praktisch z. B. für § 40 G.O. von Bedeutung, der die Beifügung von echten

[14]) Fleiner a. a. O. S. 56; v. Gehe, S. 143.

[15]) Tezner, Archiv f. öff. Recht, Bd. 9 S. 354; Kormann, 135; O. Mayer, I, 259 (2. Aufl.); Schoen, 265; ferner Praxis des O.V.G. (Reger 32, 176); Sächs. O.V.G. (Reger 31, 460); Bayr. V.G.H. (Entsch. 19, 135).

[1]) Enneccerus, Lehrb., S. 494; Kormann, S. 147.

[2]) A. a. O. I S. 248.

[3]) O. Mayer, a. a. O. I, 248.

Befristungen bei Approbationen und Genehmigungen nicht zuläßt, wohl aber die der soeben erwähnten Art.

Ein anderer hierher nicht gehörender Fall ist der der sogenannten gesetzlichen Befristung,[4]) der eine häufige Erscheinung insbesondere bei Bauerlaubnissen[5]) darstellt. Eine solche gesetzliche Befristung einer Gewerbeerlaubnis enthält ferner § 49 II der Gew.Ordnung.

bb) Die Wirkung der echten Befristung entspricht völlig der der verwandten — unten zu behandelnden — aufschiebenden oder auflösenden Bedingung. Handelt es sich bei der Befristung um einen Anfangstermin, so entsteht die rechtliche Wirkung mit dem Eintritt der aufschiebenden Befristung, liegt dagegen ein Endtermin vor, so endet sie mit dem Eintritt der auflösenden Befristung. Die Befristung hat den Zweck, der Behörde freie Hand zu lassen, wenn diese die Zulässigkeit des Unternehmens nicht sogleich endgültig zu erkennen vermag und dem Unternehmen Gelegenheit geben will, sich zu erproben.

b) In einem solchen Falle bestünde aber auch zweckmäßiger die Möglichkeit für die Behörde, sich dauernd oder für eine gewisse Zeit oder nach Ablauf einer gewissen Zeit den Widerruf vorzubehalten. Damit kommt man zum Widerrufsvorbehalt, der sich als eine Abart der Befristung darstellt mit dem Unterschied, daß hier der Verwaltungsakt nicht von selbst erlischt, sondern erst durch die vorbehaltene Erklärung des Widerrufs fortfällt.[6]) Durch den Widerruf des Verwaltungsaktes mit Widerrufsvorbehalt wird also das Erlaubte wieder zu etwas kraft Gesetzes Verbotenem. Bevor aber dieser Widerruf ausgesprochen wird, hat die Behörde die Sachlage zu prüfen, wodurch eine Sicherheit geschaffen ist, daß die Rechtswirkungen nur mit Rücksicht auf das öffentliche Wohl aufgehoben werden. Der Widerrufsvorbehalt ist also dazu angetan, die öffentlichen Interessen zu schützen, ohne die des Privaten übermäßig zu schädigen und eignet sich daher vorzüglich zur Verfolgung polizeilicher Zwecke.

Es fragt sich nun, in welchen Fällen der Widerrufsvorbehalt von Bedeutung ist. Einmal sind die meisten Verfügungen infolge des Fehlens der materiellen Rechtskraft widerruflich, ohne einen derartigen Vorbehalt zu enthalten. Ferner sind, soweit gesetzliche Widerrufsgründe in Frage

---

[4]) Kormann a. a. O. S. 147.
[5]) Born, S. 24.
[6]) O. Meyer a. a. O. I, S. 248 ff.; Kormann, S. 148.

kommen, diese doch schon in den betreffenden Gesetzen erschöpfend aufgezählt (z. B. § 4 Börsengesetz; Gewerbeordnung §§ 41 und 53), so daß ein etwaiger Widerrufsvorbehalt doch nur eine überflüssige Wiederholung darstellen würde. Demnach scheint dem Widerrufsvorbehalt überhaupt zunächst keine Bedeutung zuzukommen. Die Behörde kann sich aber in den Fällen den Widerruf vorbehalten, in denen sie z. B. eine nachgesuchte Erlaubnis verweigern kann. Er wird insoweit zulässig sein, als er den Zweck hat, „gesetzliche Anforderungen zur Geltung zu bringen".[7]) Mit Recht gilt er als das zweckmäßigste Mittel der Behörde, da er ohne Gefährdung des öffentlichen Wohls die Erlaubnis erteilen läßt.[8])

Man kann nun noch besondere Formen des Widerrufs und Widerrufsvorbehalte unterscheiden, z. B. die Kündigung und Kündigungsklausel gemäß Kommunalbeamtengesetz § 9. Der Unterschied zwischen Kündigung und Widerruf besteht darin, daß dieser für sofort erfolgt, während jene für eine spätere Zeit gilt. Da es aber auch hier Durchbrechungen gibt, so bezeichnet Kormann[9]) diesen Unterschied mit Recht als einen unglücklichen Unterschied des Namens.

Als eine weitere Form des Widerrufs ist das sogenannte Rückkaufsrecht bei Eisenbahnkonzessionen zu nennen, das einen Widerrufsvorbehalt darstellt derart, daß der Staat das Unternehmen gegen volle Entschädigung selbst übernehmen will. Die teilweise vertretene Konstruktion eines privatrechtlichen Kaufes ist bereits von O. Mayer[10]) abgelehnt worden.

c) Über die Wirkung der auf Ausschluß gewisser an den Verwaltungsakt in der Regel geknüpfter Rechtswirkungen gerichteten Bestimmungen lassen sich naturgemäß keine allgemeingültigen Regeln aufstellen. Diese müssen für den konkreten Fall aus ihrem Inhalt abgeleitet werden. Kormann[11]) bringt als Beispiel die §§ 9 I, 11, 19 des Staatsangehörigkeitsgesetzes, wonach durch besonderen Vorbehalt der kraft Gesetzes eintretende Erwerb oder Verlust der Staatsangehörigkeit infolge Beamtenernennung oder infolge der Naturalisation oder Entlassung des Ehegatten und Vaters ausgeschlossen werden kann.

---

[7]) Vgl. Kormann S. 334.

[8]) Näheres bei Kormann, S. 330 ff., über 1. gesetzlichen Vorbehalt, 2. rechtsgeschäftlichen Vorbehalt, 3. verordnungsmäßigen Vorbehalt.

[9]) S. 148.

[10]) II, S. 317 (1. Aufl.).

[11]) S. 148.

2. a) Von der zweiten Gruppe der Nebenbestimmungen der Verwaltungsakte, unter welche die wichtigsten — Bedingung und Auflage — zu begreifen sind, sei zunächst die Bedingung behandelt.

aa) Im Privatrecht ist unter einer Bedingung eine dem Rechtsgeschäft beigefügte Bestimmung zu verstehen, durch die der Eintritt oder der Bestand der Rechtsfolgen eines Rechtsgeschäftes von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis abhängig gemacht wird. Das Wesen der Bedingung ist demnach die „Pendenz".[12]) Sie schafft einen Schwebezustand, der den Zeitraum von der Abgabe der Willenserklärung bis zum Eintritt des zukünftigen ungewissen Ereignisses beherrscht und eine Vorwirkung erzeugt, deren Struktur mit Recht als Anwartschaft bezeichnet wird.[13]) Man hat zwei Hauptarten der Bedingungen abgesehen von der sogenannten Rechtsbedingung[14]) im bürgerlichen Recht zu unterscheiden, die aufschiebende und die auflösende Bedingung. Die aufschiebende Bedingung macht den Eintritt der Rechtsfolgen von dem bedingenden Ereignis abhängig, während die auflösende Bedingung das Ende der Rechtswirkungen in Abhängigkeit bringt von dem zukünftigen ungewissen Ereignis. Niemals ist die Erfüllung der Bedingung erzwingbar, sie suspendiert oder resolviert lediglich.

Außer der condicio iuris sind aus dem Bedingungsbegriff die Fälle der Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts (Verwaltungsaktes) auszuscheiden. Der anfechtbare Verwaltungsakt enthält insofern einen Schwebezustand, als der Eintritt der rechtsvernichtenden Tatsache, der Anfechtung, dessen Rechtswirkungen wieder aufhebt. Da der Eintritt der Anfechtung ungewiß ist, liegt hier eine Pendenz vor. Die Anfechtbarkeit ist also in ihrer Wirkung der resolutiven Bedigung gleich allerdings mit der Abweichung, daß sie nicht auf der Erklärung beruht, sondern kraft Gesetzes gegeben ist.

Kormann[15]) unterscheidet in diesem Zusammenhang Rechtsgültigkeit von Rechtswirksamkeit und läßt die Bedingung über den Eintritt der Rechtswirksamkeit, die Anfechtbarkeit lediglich über den Eintritt der Rechtsgültigkeit

---

[12]) Enneccerus a. a. O. § 13, S. 88.
[13]) v. Tuhr, Allgem. Teil, S. 180 ff.
[14]) Bei der echten Bedingung fügt der Privatwille neben die gesetzlichen Erfordernisse noch ein weiteres außerhalb des Geschäftsinhaltes befindliches Erfordernis hinzu, das gerade bei der condicio iuris fehlt.
[15]) S. 136, 145.

entscheiden. Es kann nicht angenommen werden, daß Kormann den Rechtsfolgen verschiedene rechtliche Erheblichkeit zumessen will und offenbar will er nicht zwei Schwebezustände mit verschiedenen Eigenschaften schaffen. Die Trennung von Rechtsgültigkeit und Rechtswirksamkeit berührt die Frage nach dem Umfange des Schwebezustandes. Darüber jedoch allgemeine Grundsätze aufstellen zu wollen, erscheint deshalb unmöglich, weil der größere oder kleinere Umfang des Schwebezustandes von der positiven gesetzlichen Regelung im Einzelfälle abhängt. Im übrigen gehört die Frage der Anfechtbarkeit usw. nicht in den engen Rahmen der Aufgabe.

bb) Vielfach erörtert ist die Frage, ob die Bedingung als eine Nebenbestimmung anzusehen ist. Von den Zivilisten wird diese Frage im allgemeinen verneint[16]) mit der Bemerkung, daß die an eine Bedingung geknüpfte Willenserklärung untrenbar sei und nicht in eine Haupt- und eine Nebenbestimmung zerlegt werden könne. Daß die Bedingung mit der Willenserklärung, der sie beigefügt ist, ein einheitliches Ganzes bildet, ist zutreffend und in diesem Sinne ist die Bedingung keine Nebenbestimmung, sondern ein Bestandteil. Wenn man aber unter Nebenbestimmungen solche Bestimmungen versteht, die nicht begriffsnotwendig zu den Momenten des Geschäfts gehören (vgl. Seite 8), so ist die Bedingung in diesem Sinne mit Rücksicht auf ihren Charakter als ergänzender Bestandteil des Gesamtwillens als Nebenbestimmung aufzufassen.[17])

cc) Da die Bedingung über die Bedeutung eines Rechtsinstitutes hinausgeht und sogar als eine Denkform zu betrachten ist, muß sie ihrem Wesen nach im Verwaltungsrechte genau dasselbe sein wie im Privatrechte. Daher spricht man im Verwaltungsrechte dann von einer Bedingung, wenn über den gesetzlichen Inhalt hinaus der Verfügung ein weiteres Erfordernis beigefügt ist, demzufolge die Verfügung von der Erfüllung dieses Erfordernisses an erst wirken oder nicht mehr wirken soll entsprechend der aufschiebenden (suspensiven) oder der auflösenden (resolutiven) Bedingung. Die echte aufschiebende Bedingung hält das Geschäft — wie im Privatrecht — in der Schwebe; wird sie vom Pflichtigen nicht erfüllt oder tritt sie nicht ein, so ist die Verfügung nicht wirksam und die Erlaubnis gilt als nicht erteilt.[18])

---

[16]) Windscheid-Kipp I, 451; Enneccerus, Suspensivbedingung, 495; Fitting, im: Arch. ziv. Prax. 39, 308.

[17]) Vgl. Kormann, § 18; Fleiner, S. 187.

[18]) Fleiner, S. 187 ff.

Nach O. Mayer[19]) sind echte Bedingungen nur diejenigen, durch welche die Behörde andere als polizeiliche Zwecke verfolgt. Allein diese Auffassung O. Mayers bedarf einer Kritik. Wenn er der Ansicht ist, daß von einer Bedingung nur die Rede sein kann, wo die Erlaubnis mit einer besonderen Vorschrift versehen ist, deren Außerachtlassung die Erlaubnis beseitigt und das Verbot wieder eintreten läßt und es auf den Nachteil abstellt, der aus der Außerachtlassung der gegebenen Vorschriften entsteht, so muß darauf hingewiesen werden, daß diese Auffassung die aufschiebende Bedingung nicht trifft, da bei ihr das Verbot erst dann fortfällt, wenn sie erfüllt ist. Durch eine Außerachtlassung kann die Konzession nicht beseitigt werden, denn sie tritt erst mit Erfüllung der Bedingung ins Leben. Eine suspensiv-bedingte Konzession findet sich bei Reger[20]) in dem Falle, wo eine Erlaubnis zum Betrieb einer Schankwirtschaft auf Grund der vorgelegten Pläne erteilt worden ist. Die Behörde hat die Erlaubnis erteilt und entschieden, unter welchen Umständen sie den Anforderungen des öffentlichen Interesses entspricht. Ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt, dann muß eine Abweichung von den Plänen das Zusammenfallen der Erlaubnis nach sich ziehen. Die Erlaubnis ist also in ihrer Wirksamkeit von der Beachtung der Pläne abhängig und befindet sich im suspensiven Schwebezustand. Wohl aber bezieht sich die O. Mayersche Ansicht auf die Resolutivbedingung. Bei einem zukünftigen Ereignis wird es sich selten sagen lassen, welchen Einfluß es auf das öffentliche Interesse nehmen wird. Daher muß die Behörde bestimmen, ob dies Ereignis die Bedeutung einer rechtsvernichtenden Tatsache hat oder nicht.

Genau wie im Privatrecht ist also im Verwaltungsrechte die aufschiebende von der auflösenden Bedingung zu trennen, die condicio iuris aus dem echten Bedingungsbegriff auszuscheiden und dieselbe Wirkung der Bedingung[21]) im Verwaltungsrecht festzustellen. Der einzige Unterschied ist der, daß die Bedingung im öffentlichen Recht vom Verwaltungswillen und nicht vom Parteiwillen — wie im Privatrecht — dem Rechtsgeschäft beigefügt worden ist.

dd) Um die Bedeutung der Bedingung im öffentlichen Recht ermessen zu können, sind zunächst ihre Wirkungen im einzelnen aufzuzeigen. Aus dem Bedingungsbegriff folgt die

---

[19]) I, S. 260, 918 (2. Aufl.).
[20]) Bd. 27, S. 359.
[21]) R.G. 53, 83; vgl. dd.

Ungewißheit über den Bestand der Rechtsfolgen; das bedeutet: der mit einer aufschiebenden Bedingung versehene Verwaltungsakt ist bis zum Eintritt der Bedingung unwirksam, z. B. die Bauerlaubnis, die unter der Bedingung erteilt wird, daß die Baulinie vorher abgesteckt wird, berechtigt den Erwerber erst nach Erfüllung dieser Bedingung zum Bauen.[22])

Bei der auflösenden Bedingung treten die Rechtswirkungen des Verwaltungsaktes zwar sofort ein, fallen aber mit dem Eintritt des bedingenden Umstandes wieder fort; z. B. ist ein Gesuch um Verlängerung der Polizeistunde unter der Bedingung bewilligt worden, daß keine weibliche Bedienung in dieser Zeit verwendet werde,[23]) so ist diese Bewilligung in dem Augenbick hinfällig, in dem diese Resolutivbedingung verletzt wird.

Aber auch während des Schwebezustandes treten beim bedingten Verwaltungsakt bereits gewisse Rechtswirkungen ein. Deutlich wird dies zunächst bei dem mit einer Resolutivbedingung versehenen Verwaltungsakt. Dieser zeitigt sofort Rechtswirkungen, verleiht dem Bürger ein Recht und bindet die Behörde. Die Rechtsfolgen können aber infolge des bedingten Rechts durch den Eintritt eines Umstandes hinfällig werden, obwohl die Behörde an den einmal erlassenen Verwaltungsakt gebunden ist. Der aufschiebend bedingte Verwaltungsakt andererseits zeitigt bereits sog. Vorwirkungen.[24]) Auf der Seite des betreffenden Bürgers ist zwischen rechtsverleihenden Akten und anderen Fällen zu unterscheiden. Handelt es sich um einen rechtsverleihenden Akt, so enthalten die Vorwirkungen ein bedingtes Recht, handelt es sich dagegen um eine Erlaubnis (als Beispiel für die anderen Fälle), so besteht eine Anwartschaft auf ein Dürfen oder Können. Man nennt diese Gestaltung der Rechtsverhältnisse Rechtslage.[25]) Von der Behörde aus betrachtet kennzeichnet sich die Rechtslage als eine Bindung, die hervortritt, wenn ihre Handlung unwiderruflich d. h. nur aus bestimmten gesetzlich festgelegten Gründen zurücknehmbar ist.[26]) Keinesfalls darf die Behörde während des Schwebezustandes den Verwaltungsakt widerrufen, weil ihre sachliche Auffassung sich geändert hat. Der Verwaltungsakt ist unwiderruflich, da bereits vor seinem Erlaß ein Prüfungsverfahren stattgefunden hat.

[22]) Reger, 8, 402.
[23]) Reger, 1, 363.
[24]) v. Tuhr, II, S. 19.
[25]) v. Tuhr a. a. O.; Kormann, S. 104 ff.
[26]) Z. B. Gewerbe-Ordnung § 25—53.

In diesem Zusammenhang ist auch die Frage zu erörtern, ob die eingetretene Bedingung rückwirkende Kraft hat. Kormann[27]) will die Vermutung des Bürgerlichen Gesetzbuches in den §§ 158/159 ins öffentliche Recht übertragen und damit Rückwirkung annehmen, wo die Geschäftsabsicht des fraglichen Rechtsgeschäftes darauf hindeutet. Wenn auch einer derartigen Übertragung grundsätzlich nicht entgegensteht,[28]) so ist doch zu untersuchen, ob mangels einer Regelung im öffentlichen Rechte diese Auffassung dem Wesen der Bedingung gerecht wird. Der bedingte Verwaltungsakt erlangt erst dann seine Wirksamkeit wenn die Bedingung erfüllt oder eingetreten ist. Da er also erst in diesem Zeitpunkt ins Leben tritt, kann man logischerweise von keiner Rückwirkung sprechen. Das Bürgerliche Gesetzbuch, das der eingetretenen Bedingung in den §§ 158/159 rückwirkende Kraft beilegt, schafft damit gesetzlich eine Fiktion,[29]) die mangels einer entsprechenden Norm im öffentlichen Recht nicht ins öffentliche Recht zu übernehmen ist. Aus diesem Grunde erscheint es nicht angängig, der eingetretenen Bedingung rückwirkende Kraft beizumessen. Diese Auffassung entspricht auch den praktischen Bedürfnissen des Verwaltungsrechts. Der wichtigste Fall, die Polizeierlaubnis, gestattet eine an sich untersagte Tätigkeit und eine ihr beigefügte Bedingung beseitigt die untersagte Tätigkeit erst mit dem Eintritt dieser Bedingung. Vorher ist diese Tätigkeit eben verboten. Verleiht man der eingetretenen Bedingung rückwirkende Kraft, so müßte die vorher verbotene Tätigkeit eine erlaubte werden und straflos sein. Die die bedingte Erlaubnis erteilende Behörde würde sich widersprechen, wenn sie der eingetretenen Bedingung rückwirkende Kraft verleihen wollte, da die der Erlaubnis beigefügte Bedingung nicht von polizeilichen Gesichtspunkten ausgehen kann, wenn die Ausübung der Erlaubnis vor Beendigung des Schwebezustandes mit dem öffentlichen Wohl im Einklang steht! Das gleiche gilt auch von der auflösenden Bedingung: Kann das Polizeiverbot sofort, wenn auch nur auflösend bedingt aufgehoben werden, so ist die in Frage kommende Tätigkeit bis zum Eintritt der Bedingung nicht polizeiwidrig.

Aus diesen Beispielen ist zu schließen, daß man der eingetretenen Bedingung im öffentlichen Recht keine Rückwirkung beimessen kann und die gegenteilige Auffassung Kormanns ablehnen muß.

---

[27]) S. 137 Ziff. 5.
[28]) Vgl. S. 8.
[29]) v. Tuhr a. a. O. S. 24.

ee) Um der Bedeutung der Bedingung gerecht zu werden, ist auf die Tatsache hinzuweisen, daß Bedingungen im Verwaltungsrechte eine verhältnismäßig seltene Erscheinung bilden und daß die meisten „Bedingungen" — wie noch unten zu untersuchen ist — in Wahrheit Auflagen sind. Diese Erscheinung liegt im Wesen der Bedingung begründet, die einen Schwebezustand enthält, der bald durch menschliche Handlungen, bald durch Naturvorgänge oder durch Zusammenwirken im positiven oder negativen beendet wird: tritt die Bedingung ein oder fällt sie aus, so wird der rechtsgeschäftliche Tatbestand bald voll wirksam, bald wirkungslos. Im öffentlichen Recht muß nun aber im Gegensatz zum Privatrecht der Anwendungsbereich der suspensiven oder resolutiven Bedingungen da enger gezogen werden, wo die Entscheidung des Schwebezustandes von der freien Willensentschließung des mit der Bedingung beschwerten Bürgers abhängt. Der autoritative Charakter der Staatsakte läßt es nicht zu, daß der Untertan letzten Endes darüber zu entscheiden hat, ob der Staatsakt als solcher rechtliche Existenz haben soll oder nicht. Dies ist im Privatrecht, wo der Wille der Partei grundsätzlich frei walten darf, wohl möglich, nicht aber im öffentlichen Recht. Die Entscheidung ist lediglich Sache der Behörde und soll es auch bleiben. In allen solchen Fällen liegt daher eine Auflage vor. Damit soll natürlich nicht gesagt sein, daß Staats- und Verwaltungsakte überhaupt nicht unter einer Bedingung vorgenommen werden könnten. Dies ist durchaus denkbar, sofern nur Tatbestände vorliegen, deren Verwirklichung das Gesetz gerade im Interesse des einzelnen Bürgers von seiner eigenen Entscheidung hat abhängig machen wollen.

(b aa) Im Gegensatze zur Bedingung ist die Auflage im Bürgerlichen Gesetzbuche nicht als allgemeines Rechtsinstitut behandelt, sondern nur an einzelnen Stellen ausdrücklich erwähnt,[30]) was ihrer Bedeutung für das Zivilrecht entspricht. Nach dem B.G.B. (§ 1940) ist die Auflage eine Anordnung von Todes wegen mit selbständigem Zweck, durch die jemandem die Verpflichtung auferlegt wird, zu einem bestimmten Zwecke etwas zu tun oder zu unterlassen, ohne daß ein anderer das Recht hat, die Leistung für sich zu verlangen.[31]) Sie begründet also für den Empfänger einer unentgeltlichen Zuwendung eine selbständige Verpflichtung zugunsten irgend jemandes.

[30]) Bei der Schenkung § 527 und bei letztwilligen Verfügungen § 1940 B.G.B.

[31]) Kipp, Erbrecht, S. 356.

bb) α) Ebenso wie die Bedingung stellt die Auflage im öffentlichen Recht ihrem Wesen nach kein anderes Rechtsinstitut dar wie der privatrechtliche modus. Lediglich inhaltlich sind beide Begriffe verschieden im Hinblick auf die Zwecke der beiden Rechtsinstitute; während das Privatrecht die Interessen einzelner regelt, ist das öffentliche Recht der Gesamtheit gewidmet. Die Behörden erteilen die Auflagen und erzwingen ihre Durchführung, weil sie im öffentlichen Interesse gegeben sind; im Privatrecht dient sie privaten Zwecken. Die Auflage hat den Zweck, die Aufrechterhaltung des polizeimäßigen Zustandes zu sichern. Sie unterscheidet sich von der Bedingung vor allem in ihrer rechtlichen Natur und ihren Wirkungen. Sie ist eine selbständige, nur äußerlich dem Hauptrechtsgeschäft beigefügte Willenserklärung,[32]) ein Annex des Verwaltungsaktes, der den Zweck hat, dem Betroffenen die Erfüllung bestimmter Pflichten vorzuschreiben. Sie hat auf den Bestand des Verwaltungsaktes selbst keinen Einfluß und enthält eine für sich selbständige, mit dem zugehörigen Verwaltungsakt nur äußerlich verbundene Anordnung.

Genau wie bei den Bedingungen die condiciones iuris von dem Bedingungsbegriff geschieden werden mußten, so ist von der Auflage die unechte Auflage zu trennen, die eine häufige Erscheinung auf dem Gebiete der Baupolizei bildet. Diese rechtlich bedeutungslosen Auflagen bestehen darin, daß Verpflichtungen, die schon in der betreffenden Baupolizeiverordnung ihre besondere Regelung gefunden haben und die den Bauherrn auch dann treffen, wenn sie in der Bauerlaubnis nicht besonders auferlegt werden, deshalb auch gegen die Rechtsnachfolger wirken.[33]) Ihre praktische Rechtfertigung finden sie in der Tatsache, daß der Bauherr ihnen aus Unkenntnis meist keine Beachtung schenkt und daß sie daher eine rein tatsächliche Mahnung darstellen.[34])

β) Aus dem Charakter der Auflage als einer selbständigen, nur äußerlich dem Hauptrechtsgeschäft beigefügten Willenserklärung ergeben sich gewisse Folgerungen: einmal die Zulässigkeit einer selbständigen Anfechtung[35]) und ferner die grundsätzliche Unwirksamkeit der Auflage gegenüber dem Rechtsnachfolger;[36]) ihre Wirkung besteht weiter darin, daß sie zwingt, aber nicht suspendiert. Wird sie nicht erfüllt, so

---

[32]) Apelt, S. 195; Kormann, S. 138.
[33]) O.V.G. II, 355; 20, 395.
[34]) Über ihre Zulässigkeit vgl. O.V.G. 23, 327.
[35]) Pr.O.V.G. 39, 860.
[36]) Pr.O.V.G. 2, 355; 20, 395; 23, 355.

löst sie das ihr zugrundeliegende Geschäft aber auch nicht auf. Hatschek[37]) formuliert diese Auffassung mit den Worten: „Die Nichterfüllung . . . dieser Auflagen bedeutet noch keineswegs, daß die Polizeierlaubnis hinfällig wird. Vielmehr bleibt sie aufrecht, während die Polizeiauflagen zwangsweise durchgeführt werden."

c) Welche Bestimmung — Bedingung oder Auflage — im Einzelfalle vorliegt, läßt sich praktisch nur unter großen Schwierigkeiten feststellen. Dennoch soll aber ein Unterscheidungsmerkmal gesucht werden. Zunächst sei bemerkt, daß der Sprachgebrauch sowohl des Gesetzes als auch der Praxis in der Anwendung der beiden Begriffe außerordentlich nachlässig ist. Beide Begriffe werden durcheinandergeworfen, als gleichbedeutend gebraucht und die Gewerbeordnung spricht in § 18 nur von dem farblosen Ausdruck „Anordnung", mit dem sie eine Bedingung meint. Ferner trennt die Gewerbeordnung (§ 147) noch wesentliche von unwesentlichen Bedingungen, was dem Wesen der Bedingung widerspricht, da Bedingungen immer wesentlich sind; eine solche Trennung erscheint nur bei der Auflage denkbar.

Da aus der Bezeichnung nichts über das Vorliegen von Bedingung oder Auflage zu entnehmen ist, wird die Auslegung der Rechtssätze, von denen der betreffende Verwaltungsakt abhängt, eine bedeutende Rolle spielen müssen; in anderen Fällen wird wieder die Absicht der handelnden Behörde in Betracht zu ziehen sein. Allgemein gültige Grundsätze in dieser Frage aufzustellen, erscheint jedoch nicht möglich. Letzten Endes wird es in den meisten Fällen im Ermessen der Verwaltungsbehörden liegen, die auf Grund des öffentlichen Interesses entscheiden, ob im Einzelfall eine Bedingung oder Auflage in der betreffenden Nebenbestimmung liegen soll.

Wie bereits festgestellt worden ist, ist die Bedingung mit dem zugehörigen Verwaltungsakte unlöslich verknüpft und entbehrt jeder Selbständigkeit. Damit ist die Möglichkeit einer selbständigen Anfechtung ausgeschlossen und die Rechtsfolgen sind abgesehen von den „Vorwirkungen" bis zum Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung aufgehoben. Die Auflage als selbständige, nur äußerlich dem Hauptrechtsgeschäft beigefügte Willenserklärung läßt hingegen eine selbständige Anfechtung zu,[38]) kann auch Rechtshandlungen beigefügt werden und ist grundsätzlich dem Rechtsnachfolger

[37]) A. a. O. S. 144; Rspr. d. Pr.O.V.G. u. sächs. O.V.G. (Reger, Bd. 3 S. 460).

[38]) Siehe Note 36 u. 37.

gegenüber unwirksam.[38]) Weiter besteht die Wirkung der Auflage darin, daß sie zwingt, aber nicht suspendiert und wenn ihr nachgekommen wird, so löst sie das ihr zugrunde liegende Geschäft keineswegs auf. Aus dieser Charakterisierung ergeben sich in Übereinstimmung mit Wissenschaft und Praxis die Hauptunterschiede der Bedingung von der Auflage. Sie liegen einmal in der selbständigen Erzwingbarkeit der Auflage und zweitens in ihrer Bedeutung für die Rechtsgeschäftserklärung, der sie beigefügt ist. Weitere Unterschiede würden sich ergeben, wenn man die Mittel untersucht, die zur Durchsetzung von Bedingung und Auflage dienen.

Fleiner[39]) sieht den Zweck der Auflage ebenfalls in der Erzwingbarkeit der Erfüllung bestimmter Pflichten bei der Ausübung einer Tätigkeit. Sie berührt den Bestand des Rechtsgeschäfts nicht und enthält eine selbständige, mit dem in der Verfügung verkörperten Rechtsgeschäft äußerlich verbundene Anordnung. Mit Recht weist Fleiner daselbst auf die notwendige Unterscheidung von echter aufschiebender Bedingung und Auflage hin: „Die Unterscheidung ist von großer praktischer Bedeutung. Die echte aufschiebende Bedingung hält das Rechtsgeschäft in der Schwebe; wird sie vom Pflichtigen nicht erfüllt, so gilt die Erlaubnis als nicht erteilt. Die Nichterfüllung der Auflage dagegen erschüttert den Bestand des trotzdem ins Werk gesetzten Unternehmens nicht. Sie gibt lediglich den Behörden den Anlaß, mit Zwang und Strafe gegen den Pflichtigen vorzugehen, um ihn zur Erfüllung der Auflage anzuhalten."

Abweichend von der herrschenden Meinung, als deren Vertreter hier Fleiner angeführt ist, teilt Hatschek[40]) die Auflagen (bei den Polizeiauflagen) ein in Auflagen im engeren Sinne und Resolutivbedingungen. Die Auflagen im engeren Sinne, die dem privatrechtlichen modus entsprechen, sollen den Sinn haben, „dem Unternehmer gewisse Handlungen zur Pflicht zu machen, wodurch die polizeiwidrige Tätigkeit seines Unternehmens, zu dem er die Polizeierlaubnis braucht, verhindert wird". Ist die Auflage aber eine Resolutivbedingung der Erlaubnis, so wird bei „Nichterfüllung der Bedingung die Erlaubnis selbst hinfällig und kann zurückgenommen werden".

---

[39]) Institutionen, S. 187; ebenso Kormann, S. 139.
[40]) A. a. O. S. 144.

Diese Unterscheidung hält Hatschek mit Recht in doppelter Hinsicht für bedeutsam. Ist ein Vorgehen ohne polizeiliche Erlaubnis mit Strafe belegt, so macht die Nichterfüllung einer der Erlaubnis beigefügten echten Auflage nicht strafbar, da der Erwerber dieser Erlaubnis sie erfüllt hat, wenn auch ohne den modus. Gleichgültig ist hier, ob die Nichtbeachtung der Auflage sonstige Maßnahmen rechtfertigt; Straffolgen können jedenfalls nicht eintreten. Wird jedoch die Erlaubnis unter einer auflösenden Bedingung erteilt, dann ist die Ausübung der Erlaubnis ohne die gleichzeitige Erfüllung der Bedingung strafbar, da in diesem Falle keine Erlaubnis mehr vorliegt, der Erwerber also ohne Erlaubnis handelt.[41]) — Ferner kann eine unter einer echten Auflage erteilte Polizeierlaubnis nur solange mit Rechtsmitteln angegangen werden, als die Polizeiverfügung, die Erlaubnis und Auflage enthält, anfechtbar ist infolge ihrer sachlichen Einheit. Die Erlaubnis gilt im Moment der Erteilung ungeachtet des Umstandes, daß die Auflage noch nicht erfüllt ist. Wird aber der Erlaubnis eine Resolutivbedingung beigefügt, dann tritt ihre Wirkung erst mit dem Augenblicke der Erfüllung der Bedingung ein. Das bedeutet, daß die Rechtsmittelfrist erst von diesem Zeitpunkte ab läuft. Die Verfügung, die sie enthält, z. B. eine Baugenehmigung unter einer resolutiven Baubedingung, kann aber angefochten werden, nachdem der Erlaubniserwerber zu bauen begonnen hat.[42])

Die soeben angeführten Unterschiede von Auflage und Bedingung werden aber nicht nur von der Theorie, sondern auch von der Praxis geteilt. Diese Auffassung findet sich in einer Reihe von Urteilen des preußischen Oberverwaltungsgerichtes, die sich über die Rechtsnatur der Bedingung und Auflage aussprechen. In einem Urteil[43]) bejaht das O.V.G. die Frage, daß die Ortspolizeibehörde in Schleswig-Holstein die Genehmigung für die Gemeinde-, Kirchen- und Schulverhältnisse einer Ansiedlung im Falle der Nichterfüllung der gestellten Anforderungen erteilen oder versagen kann; daß ferner die Behörde berechtigt ist, nicht gegen das Gesetz verstoßende Nebenbestimmungen ihrer Entscheidung beizufügen. Diese Nebenbestimmungen sind — das ist vom Willen der Behörde abhängig — Bedingungen im engeren Sinne (echte Bedingungen), wenn bei ihrer Nichterfüllung die Genehmigung als nicht erteilt gelten soll, sonst stellen sie

[41]) Beispiel in: D.J.Z. 1913, S. 357.
[42]) D.J.Z. 1913, S. 646 ff.
[43]) Entsch. d. O.V.G. Bd. 64 S. 431.

Auflagen dar, deren Nichterfüllung die Ansiedlungsgenehmigung nicht unwirksam machen. In den Gründen bemerkt das O.V.G. ausdrücklich, daß es für die Auffassung der Nebenbestimmung als Bedingung oder Auflage nicht entscheidend sei, welche Bezeichnung sie in der Genehmigungsurkunde trägt, daß vielmehr die Rechtsnatur im Einzelfall aus dem Willen der Behörde zu schließen sei. Ist die getroffene Bestimmung von der die Genehmigung erteilenden Behörde für so wichtig erachtet worden, daß die Genehmigung im Falle ihrer Nichtverwirklichung als nicht gewollt, die Genehmigung bis zur Erfüllung der Bestimmung als versagt gelten solle, so handelt es sich um eine Bedingung im engeren Sinne, geht der Wille der Behörde nur auf Erfüllung der Nebenbestimmung, unabhängig von dem Bestand der Genehmigung, so liegt eine Auflage vor.

Eine weitere Entscheidung des preußischen O.V.G.[44]) sei an dieser Stelle noch wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung eingehender behandelt. Die Polizeiverwaltung in F. hatte dem Färbermeister F. in der Bauerlaubnis vom 28. 2. 1902 zur Errichtung eines Gebäudes auf seinem Grundstück in der K.-Gasse folgende Bedingung gestellt: „Die K.-Gasse von der S.-Straße ab über den Bahnübergang hinweg bis an das Baugrundstück einschließlich ist nach dem von den städtischen Behörden für die K.-Gasse festgesetzten Bebauungsplan in einer Breite von 12 m nach den Vorschriften der Polizeiverwaltung bis Ende des Jahres 1903 anzulegen, zu pflastern und mit Kanal- und Gasleitungen durch den Antragsteller auf seine Kosten zu versehen."

Nach der Auffassung von Wissenschaft und Praxis[45]) handelt es sich bei einer bedingten Bauerlaubnis rechtlich nicht um eine Bedingung, sondern um eine polizeiliche, zwangsweise durchzusetzende Auflage.[46]) Allein es gibt im Einzelfalle Ausnahmen insbesondere bei der Frage, ob die Bedingung innerhalb des eigentlichen Baupolizeirechts liegt oder aus dem Grunde einer befriedigenden Lösung von Grenzfällen. Liegt die Bedingung nicht mehr innerhalb des Baupolizeirechts, so kommen Beschränkungen vor, die nicht Auflagen sind. Daher sieht das preußische O.V.G. in diesem Falle mit Recht in der beigefügten Nebenbestimmung keine Auflage, sondern eine Bedingung im engeren Sinne, welche

---

[44]) O.V.G. Bd. 59 S. 277 ff.

[45]) Kormann, S. 139 und die dort angegebene Literatur; O.V.G. 2, 351; 23, 321; 40, 363.

[46]) Fleiner, S. 188 u. § 25.

die Wirkung hat, daß die erteilte Bauerlaubnis für den Konzessionär ihren rechtlichen Bestand verliert, wenn er sie nicht bis zu dem angegebenen Zeitpunkte erfüllt hat. Diese Wirkung tritt ein, weil die Baupolizeiverwaltung bei der Erteilung der Genehmigung ausgedrückt hatte, daß der rechtliche Bestand der Erlaubnis von der Erfüllung der Bedingung abhänge, deren Nichterfüllung die Bauerlaubnis hinfällig mache. — In dieser Auffassung zeigt sich einerseits klar der Unterschied von Bedingung und Auflage, andererseits treten aber auch die Übergänge und Grenzfälle in Erscheinung. Ob eine Baupolizeiauflage oder eine resolutive Bedingung im Einzelfalle vorliegt, ist Tatfrage. In Preußen hat sich aber auf Grund der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts eine einheitliche Auffassung gebildet, die besagt, daß in allen Fällen, in denen die Erfüllung der Auflage auf einem anderen Gebiete liegt, als auf dem Gebiete der Verwaltung, für welches die Polizeierlaubnis erforderlich ist, die Auflage als Resolutivbedingung angesehen werden soll.[47]) Mit Recht hat das O.V.G. dieser Auffassung zur Anerkennung verholfen: Wird die Erlaubnis erteilt, um auf einem anderen Verwaltungsgebiete liegenden Anforderungen gerecht zu werden, so wird die Auflage unbrauchbar sein, da der Polizei die Möglichkeit zwangsweiser Durchsetzung dieser Auflage auf einem der Erlaubnis fremden Gebiete grundsätzlich fehlen dürfte.

Es bleibt noch zu erwähnen, daß auch die Rechtsprechung des sächsischen Oberverwaltungsgerichtes[48]) in der Frage der Unterscheidungsmerkmale zwischen Bedingung und Auflage dieselbe Ansicht vertritt. Einer Schankerlaubnis war eine Nebenbestimmung beigefügt worden mit der Maßgabe, daß der Klägerin die Genehmigung nur unter der Bedingung erteilt werde, daß sie den Oberkellner F. (ihren jetzigen Mann) weder vor noch nach der Verheiratung in ihrem Schankbetriebe mitbeschäftige. Die Entscheidung bemerkt u. a., daß die Grenze zwischen Bedingung und Auflage häufig schwer zu ziehen sei. Unter einer Auflage sei grundsätzlich eine Anordnung zu verstehen, die dem Unternehmer gegeben wird, um bei Ausübung des Gewerbebetriebes das Einreißen polizeiwidriger Zustände zu verhüten. Es sei zwar nicht alles, was die Form einer Bedingung habe, als eine solche anzusehen wie z. B. § 18 G.O. zeigt, der im Satz 2 sage, daß die Genehmigung zur Errichtung einer unter den § 16

---

[47]) Hatschek a. a. O. S. 144 ff.
[48]) Reger, Bd. 31 S. 460 ff.

G.O. fallende Anlage unter Festsetzung der sich als nötig ergebenden „Bedingungen" zu erteilen ist. Gerade hier handele es sich um Auflagen im technischen Sinne, da der folgende Satz zeige, daß zu ihnen auch die zum Schutze der Arbeiter erforderlichen Anordnungen gehören, die nicht als Bedingungen gemeint sein können. Das sächsische Oberverwaltungsgericht will indessen in dem obigen Falle in der Nebenbestimmung eine auflösende Bedingung sehen, weil die Entstehungsgeschichte beweise, daß die Behörde die Beschäftigung des Mannes der Klägerin in ihrem Schankbetriebe als auflösende Bedingung hat geben wollen.

Es zeigt sich also, daß die einer Polizeierlaubnis beigefügten Nebenbestimmungen ihrem Zweck entsprechend meist Auflagen darstellen, da bei einer echten Suspensivbedingung im Falle ihrer Nichterfüllung die Erlaubnis überhaupt nicht entstanden, bei einer Resolutivbedingung im Falle der Nichterfüllung die Erlaubnis aufgehoben sein würde.[49]) Der Grund für diese Erscheinung ist bereits dargestellt worden.[50]) Es ist auf Grund der vorliegenden Untersuchung der Schluß zu ziehen, daß einmal der Wille der Behörde, ferner die Natur des jeweiligen Sachverhaltes den Maßstab abgibt, ob die beigefügte Nebenbestimmung eine Bedingung oder eine Auflage enthält.

d) Nachdem die Gesichtspunkte gewonnen sind, welche die Unterscheidung von Bedingung und Auflage ermöglichen, soll das Anwendungsgebiet der beiden Begriffe dargestellt werden.

aa) α) Hauptbeispiel ist die Polizeierlaubnis, ein Verwaltungsakt, dem am häufigsten Nebenbestimmungen beigefügt sind. Die meisten der sog. Konzessionsbedingungen sind Auflagen,[51]) so vor allem die Baubedingungen. Trotzdem das S. Bau-G. im § 152 von „Bedingungen" spricht, ist aus § 158 I zu erkennen, daß diese „Bedingungen" zwingenden Charakter haben, da die Behörde darüber zu wachen hat, daß die Ausführung nach dem genehmigten Bauplan und den „vorgeschriebenen besonderen Bedingungen"[52]) erfolgt. Es wurde bereits erwähnt, daß diese Anordnungen nach der herrschenden Lehre in Wissenschaft und Rechtsprechung Auflagen im hier gekennzeichneten Sinne darstellen. Daß

---

[49]) O. Mayer a. a. O. S. 260 u. 262; Kormann, S. 137; O.V.G. Bd. 59 S. 277 ff.
[50]) Siehe II 2 a, cc.
[51]) Vgl. Kormann, S. 139.
[52]) S. Bau-G. 160, I.

aber unter Baubedingungen auch echte Bedingungen vorkommen, war im Anschluß an eine Entscheidung des Oberverwaltungsgerichtes[53]) bereits mitgeteilt.

β) Eine weitere Gruppe mit zahlreichen Nebenbestimmungen sind die Gewerbekonzessionen, die von der Gewerbeordnung bald als „Bedingungen" (§ 18, 2), bald als „Anordnungen" (§ 18, 3) bezeichnet werden; § 60 b G.O. spricht sogar vom „auferlegen" von Beschränkungen. Die polizeiliche Erlaubnis, welche dem Gewerbetreibenden zur Ausübung seines Gewerbes erteilt wird, setzt teils sachliche, teils persönliche Anforderungen voraus, welche der behördlichen Prüfung unterliegen. Was die persönlichen Anforderungen angeht, ist es natürlich, daß diese grundsätzlich nicht Inhalt von Bedingungen sein können, da sie bei Erteilung der Erlaubnis vorausgesetzt werden: So bestimmt § 32 II G.O., daß die Erlaubnis zu versagen sei, falls der Nachsuchende die erforderliche Zuverlässigkeit zu dem beabsichtigten Gewerbebetriebe nicht besitzt. Landmann[54]) will Zweifel bezüglich der Zuverlässigkeit durch die Auferlegung gewisser „Bedingungen" für die Führung des Unternehmens beseitigt wissen. Diese „Bedingungen" bezeichnet er dann mit Recht selbst als Auflagen, da in einem solchen Falle doch keine persönlichen Voraussetzungen zum Gegenstand von Bedingungen gemacht werden.

Vor allem werden aber die sachlichen Anforderungen zum Gegenstand von Nebenbestimmungen gemacht. Bei ihrer Prüfung hat die Behörde alle das öffentliche Wohl berührenden Interessen, insbesondere auf Grund der bestehenden bau-, sitten-, feuer- und verkehrspolizeilichen Vorschriften zu würdigen,[55]) so daß die Behörde oftmals gezwungen sein wird, die Erlaubnis mit Nebenbestimmungen zu versehen.

Häufig wird eine Erlaubnis unter der Bedingung erteilt, daß das Lokal in polizeimäßigen Zustand gebracht wird. Z. B. eine Schankerlaubnis wird erteilt, nachdem der Neubau fertiggestellt ist,[56]) oder die Erlaubnis enthält, einc „Auflage mit der Bestimmung, daß v o r Beginn der Ausübung das Lokal in einer von der Baupolizeibehörde bestimmten Weise geändert wird. Der bayrische V.G.H.[57]) hält die erste

---

[53]) O.V.G. Bd. 59, S. 277; ferner O.V.G. 29, 395 und Scholz, im: Verwaltungsarchiv, 23, 265.

[54]) Kommentar zur G.O. I, 372.

[55]) Sächs. O.V.G. (Reger 27, 12).

[56]) Reger, 26, 181.

[57]) Reger, 27, 359.

Nebenbestimmung für eine Auflage, in der zweiten sieht er eine Suspensivbedingung. Man wird aber auch in der ersten eine aufschiebende Bedingung zu erblicken haben, denn, wenn vor Ausübung des Gewerbes bestimmte Änderungen am Lokal vorgenommen werden müssen, so ist die Erlaubnis erst dann rechtswirksam, wenn die Auflage erfüllt ist. Da dieser Vorbehalt die Beseitigung des Polizeiverbots hinausschiebt, wirkt er suspensiv. Kormann[58]) führt als Beispiel für bedingte Gewerbeerlaubnisse ebenfalls Fälle an, in denen die Absicht der Behörde darauf gerichtet ist, daß vor der Vornahme gewisser baulicher Veränderungen an dem in Aussicht genommenen Schanklokal die Gewerbeerlaubnis noch nicht wirksam werden soll. Eine solche Absicht der Behörde vermutet er dann, wenn eine Schankerlaubnis vor Herstellung des Lokals lediglich auf Grund der vorgelegten, mit der Bauerlaubnis versehenen Baupläne erfolgt; dann „ist die rechtliche Wirksamkeit der erteilten Konzession von der entsprechenden Herstellung der Lokalitäten abhängig."[59])

Auch resolutiv bedingte Gewerbekonzessionen kommen im Polizeirecht vor. Zwar erscheinen sie zunächst nach § 40 Gew.Ordn. als ausgeschlossen, doch kann beispielsweise eine Erlaubnis zwecks Verlängerung der Polizeistunde unter der Bedingung erteilt werden, daß während dieser Zeit keine weibliche Bedienung mehr verwendet wird.[60]) Dann muß diese Bedingung beachtet werden und die Erlaubnis wird hinfällig, wenn der Wirt den Eintritt der Resolutivbedingung herbeiführt. — Einen weiteren Fall einer Resolutivbedingung kann § 128 G.O. enthalten, wenn die Behörde in ihrer Verfügung die Bedingungen bezeichnet, unter denen ihre Anordnung hinfällig wird: z. B. es wird ein weiterer zur Anleitung der Lehrlinge befähigter Geselle gehalten.[61])

Sehr zahlreich sind aber auch die Auflagen bei den Gewerbekonzessionen. Eine Auflage enthält der einer Erlaubnis zum Betrieb einer privaten Heilanstalt aus § 30 G.O. beigefügte Vorbehalt, daß die Leitung einer derartigen Anstalt bei einem approbierten Arzte sein müsse.[62]) Diese Auffassung geht aus den Worten der Entscheidung hervor, „daß die Nichtbeachtung der gestellten Bedingung den Betrieb nicht zu einem ungenehmigten mache. In den Betrieb der

---

[58]) S. 143.
[59]) B.V.G.H. 28, 102.
[60]) Pr.O.V.G. bei Reger, I, 363.
[61]) Schicker, I, 724.
[62]) Pr.O.V.G. bei Reger, 20, 170.

Anstalt ohne Erfüllung der Bedingung müsse eine Verletzung der dem Beklagten gesetzten besonderen Pflicht erblickt werden".

Ferner enthalten die meisten Nebenbestimmungen, die einer Erlaubnis gemäß § 24 G.O.[63]) beigefügt sind, Auflagen wie z. B. die „Bedingung", daß der Kessel mit dem Fabrikschild zu versehen, daß die Beschäftigung Jugendlicher verboten sei.[64]) Ebenso sind Auflagen die Bedingungen aus § 18 G.O.,[65]) die „Konzessionsbedingungen" aus § 30 G.O.[66]) Als Auflage ist auch die dem Kinobesitzer anläßlich der Erteilung der Erlaubnis auferlegte Beschränkung anzusehen, nach der Volksschüler nur unter Aufsicht Vorführungen besuchen dürfen.[67])

bb) α) Die Nebenbestimmungen des rechtsverleihenden Verwaltungsaktes, welcher dem Beliehenen ein wohlerworbenes Recht verschafft, sind ihrem Wesen nach meist Auflagen. Hierher gehören z. B. die meisten Eisenbahnkonzessionsbedingungen. Eger[68]) hält die Konzessionsbedingungen für Verpflichtungen, welche die gesetzlichen Pflichten wiederholen, ergänzen oder weiter ausführen und gibt Beispiele[69]) von Pflichten, die meist in den Konzessionsbedingungen enthalten sind: Die Pflicht zur Zahlung einer Konventionalstrafe, zur nachträglichen Erstellung von Ergänzungsbauten, zur Anlage eines Erneuerungsfonds; ferner[70]) die Pflicht, den Verkehr nach dem Ermessen des Ministers zu gestalten und nachträgliche Tarifänderungen anzuzeigen.

Möglich erscheinen aber auch hier sowohl suspensive als auch resolutive Bedingungen. Ein Fall einer Suspensivbedingung wäre z. B. denkbar, wenn eine Eisenbahnkonzession unter dem Vorbehalt erteilt wäre, daß bei Feststellung des endgültigen Bauprogramms dem Umstand Beachtung geschenkt werde, daß das Landschaftsbild nicht verunstaltet werde. Hier ist die Erfüllung der Nebenbestimmung bereits in das Bauprogramm aufgenommen und die Erhaltung des Landschaftsbildes zur Voraussetzung für die Genehmigung gemacht worden, so daß in dieser Nebenbestimmung unbedenklich eine suspensive Bedingung zu erblicken ist. Ebenso sind auch Fälle einer auflösenden Be-

[63]) § 24 spricht von „Vorkehrungen", die vorzuschreiben sind.
[64]) Landmann, I, 283.
[65]) Landmann, I, S. 242.
[66]) Landmann, I, S. 332.
[67]) Bayr. O.L.G. bei Soergel 3, 420.
[68]) Handb. S. 118.
[69]) S. 119.
[70]) S. 122.

dingung denkbar; z. B. in einer Eisenbahnkonzession wird die Bestimmung aufgenommen, daß die Konzession ohne weiteres erlöschen soll, wenn nicht innerhalb einer bestimmten Frist die Eintragung des Gesellschaftsvertrags ins Handelsregister erfolgt.[71])

β) In dieses Gebiet fallen auch die Wasserkonzessionsbedingungen, die sich meistens als Auflagen kennzeichnen. Aus dem Umstand, daß ihre Erfüllung stets erst nach dem Beginn der Ausübung der Konzession erfolgen kann, geht hervor, daß die Genehmigung nicht unter einer aufschiebenden Bedingung erteilt sein kann. Für die Nebenbestimmungen der Wasserkonzession bleiben daher nur Auflagen oder auflösende Bedingungen übrig. Meist wird es sich aber, wie bereits gesagt, um Auflagen handeln, da sonst die Handlung oder Unterlassung des Konzessionsinhabers imstande sein würde, den rechtsverleihenden Verwaltungsakt zu beseitigen, was seinem Wesen widersprechen würde.

Der Vollständigkeit halber seien auch die „Bedingungen" bei Verleihung öffentlicher Unternehmungen an den privaten Unternehmer genannt, die ebenfalls in diesen Zusammenhang gehören.[72])

cc) Ferner sind hier die bedingten Befehle zu nennen. Ein Beispiel für sie bildet die sogenannte Kriegsbeorderung, welche den Befehl unter der aufschiebenden Bedingung des Eintritts der Mobilmachung wirksam werden läßt. Ihr Wortlaut heißt: „Sie werden benachrichtigt, daß Sie sich nach Mobilmachung ohne weiteren Befehl am xten Mobilmachungstage beim Regiment Z. zu melden haben."[73]) Ferner sei erinnert an das Verbot des Gewerbebetriebes, wenn nicht innerhalb bestimmter Frist der Nachweis der nachgesuchten Genehmigung erbracht wird.[74]) Ein weiterer Fall findet sich in der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts,[75]) wo es im Falle einer Ansiedlung ohne die erforderliche Genehmigung zulässig ist, daß die Behörde den Ansiedlungsunternehmer anweist, entweder im Laufe einer bestimmten Frist um die Genehmigung nachzusuchen oder die errichteten Anlagen zu beseitigen. „Gegenstand einer derartigen Anordnung ist aber nicht das Nachsuchen der Genehmigung, sondern nur das Wegschaffen der Anlagen . . .,

---

[71]) Eger a. a. O. I, 124; Kormann, S. 146.
[72]) vgl. F. F. Mayer, S. 214.
[73]) Kormann, S. 143.
[74]) Soergel, 6, 79.
[75]) O.V.G. 43, 394.

welchem der Unternehmer durch Erwirkung der Genehmigung vorbeugen kann.“ Primär enthält also die Verfügung das Gebot, die errichteten Anlagen fortzuschaffen, das aber nur wirken soll, falls die Erlaubnis nicht nachgesucht wird.

Mit Recht gehören nach Kormann[76]) auch die Auflagen bei Erlaubniserteilungen zu den bedingten Befehlen. Kormann geht davon aus, daß der Auflagebefehl z. B. bei einer Bauerlaubnis noch keineswegs mit der Zustellung wirksam wird, sondern erst dann erzwingbar wird, wenn mit dem Bau begonnen wird[77]) und weist auf das preußische Ansiedlungsgesetz § 17, IV hin: „Macht der Antragsteller von der Ansiedlungsgenehmigung Gebrauch, so ist er zu den Leistungen verpflichtet.“ Die Auflage wird also erst wirksam, wenn der Erlaubniserwerber von der Erlaubnis Gebrauch macht, ist also bedingt.

dd) Ein Hauptbeispiel für das bedingte Versprechen bildet das bedingte Endurteil. Hier ist nicht etwa von einer bedingten Verurteilung die Rede, sondern der Staat übernimmt die Verpflichtung, ein ganz bestimmtes Urteil zu fällen, wenn die Bedingung — Eidesleistung — erfüllt wird. Ferner ist der bedingte Arrestbefehl (§ 921 Z.P.O.) zu erwähnen: wird Sicherheitsleistung gefordert, so kann das Gericht sie zunächst durch Beschluß dem Gläubiger auferlegen und erst nach ihrer Leistung den Arrestbefehl durch Beschluß oder Urteil aussprechen. Praktisch häufiger wird der Arrest sofort angeordnet und seine Vollziehung von der Leistung der Sicherheit abhängig gemacht.[78]) Kormann[79]) führt endlich als weiteres Beispiel noch die Entlassungszusicherung an, durch welche die Behörde die Verpflichtung übernimmt, jemandem bei Erwerb fremder Staatsangehörigkeit die Entlassung aus dem Staatsverband zu gewähren.

ee) Der Vorbehalt, nach dem die Behörde nach Erlaß der Verfügung jederzeit Auflagen zu machen befugt sein soll, spielt in der Gewerbeordnung eine bedeutsame Rolle. Seine rechtliche Zulässigkeit bezieht sich auf die Fälle, bei denen zur Zeit der Genehmigung der Anlage noch nicht beurteilt werden kann, ob diese Nachteile für die Umgebung und das Publikum bringen werde und welche Mittel unter Umständen zur Abwendung dieser Nachteile anzuwenden seien.

---

[76]) S. 144.
[77]) Born S. 55.
[78]) Stein-Jonas, Komm. z. Z.P.O. 2. Bd. zu § 921.
[79]) S. 141.

Diese Generalklausel, welche die Wirksamkeit des Verbots der nachträglichen Auflage ausschließt,[80]) ist eine verwaltungsrechtliche Nebenbestimmung und läßt die Frage entstehen, ob sie eine Bedingung oder Auflage darstellt. Das preußische Oberverwaltungsgericht[81]) ist der Auffassung, daß der Vorbehalt weiterer Auflagen den Unternehmer verpflichtet, alle von der Polizei für notwendig gehaltenen Anordnungen vorzunehmen; es scheint also den Vorbehalt für eine Auflage zu halten. Anderer Meinung ist das preußische Ministerium für Handel und Gewerbe,[82]) welches den Vorbehalt als Bedingung ansieht mit dem Hinweis, daß die Möglichkeit eines solchen Vorbehaltes in dem Fall, da er beigefügt werden muß, allein die Genehmigung rechtfertigen kann. Der Vorbehalt weiterer Auflagen ist als eine Auflage anzusehen, welche dem Unternehmer die Pflicht auferlegt, sich weitere Auflagen gefallen zu lassen.[83]) Die Charakterisierung dieses Vorbehalts als einer Auflage hat durchaus praktische Bedeutung. Sind die weiteren Auflagen unerfüllbar, so kommt eine Einstellung des genehmigten Betriebes nur unter gleichzeitiger Leistung vollen Ersatzes in Frage (§ 51 G.O.). Duch die Nichterfüllung der unmöglichen Auflage wird der Betrieb kein ungenehmigter. Würde aber der Vorbehalt als eine Bedingung anzusehen sein, so könnte der Betrieb im Falle der Nichterfüllung der nachträglich gestellten Anforderungen von der Polizei geschlossen werden, ohne daß eine Schadensersatzpflicht entstünde, da es sich in diesem Falle um Einstellung eines durch die Nichterfüllung der Bedingungen ungenehmigt gewordenen Betriebes handelte.

II. 1. Geht man von dem Grundgedanken der Vertragsfreiheit aus, so läßt das Privatrecht bei jedem Rechtsgeschäft Bedingungen zu, soweit diese nicht vom Gesetz mißbilligt werden. Diese durch Rechtssatz gekennzeichneten bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäfte sind z. B. Aufrechnung (§ 388), Auflassung (§ 925 II), Eheschließung (§ 1317 II), Ehelichkeitserklärung (§ 1724), Kindesannahme (§ 1742) usw. Im öffentlichen Recht ist die Beifügung von Nebenbestimmungen in weit geringerem Maße schlechthin zulässig. Diese Darstellung soll lediglich die Grundsätze zeigen, von denen die Zulässigkeit der Nebenbestimmungen abhängig

[80]) Landmann, II, 222.
[81]) O.V.G. 51, 310; Reger, 6, 157.
[82]) Reger, 30, 437.
[83]) Vgl. Gleim, S. 25; Nieberding, S. 358.

ist, wenn über diese Frage im Gesetze nichts gesagt ist, während die Fälle, in denen durch positive gesetzliche Bestimmung die Beifügung einer grundsätzlich zulässigen Nebenbestimmung ausgeschlossen ist,[1]) an dieser Stelle unerörtert bleiben sollen.

Die Wissenschaft des öffentlichen Rechts hat einmal als Grundsatz für alle Verwaltungsakte den Satz aufgestellt, daß Nebenbestimmungen insoweit zulässig sind, als der Behörde Spielraum gelassen ist,[2]) d. h. die Behörde darf dem Verwaltungsakt Nebenbestimmungen nur beifügen, wenn sie in Ausübung des freien Ermessens auftritt. In den Fällen, in denen ein Recht auf Vornahme des Verwaltungsaktes besteht, ist für Nebenbestimmungen also kein Raum. Im Zusammenhang damit erhebt sich die weitere Frage, ob in den Fällen, in denen die Behörde auf Grund freien Ermessens handelt, die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen auch ohne ermächtigenden Vorbehalt des Gesetzes gegeben erscheint. Auch dieser Grundsatz ist von der Wissenschaft[3]) und Praxis fast allgemein anerkannt worden.

Diese Grundsätze genießen mit Recht eine allgemeine Anerkennung, weil sie dem Wesen des Verwaltungsrechtes entsprechen. Die Verwaltung muß im Rahmen des freien Ermessens befugt sein, ihre Aufgabe zu erfüllen: die Verwirklichung der Lebensinteressen ihrer Bürger zu sichern. Aus dem umstrittenen Begriff des freien Ermessens folgt ferner, daß Nebenbestimmungen dort zulässig sind, wo das Gesetz sie nicht verbietet, daß sie also auch ohne einen ermächtigenden Vorbehalt beigefügt werden können. Wollte man einen anderen Standpunkt in dieser Frage einnehmen, so würde man dem wesentlichen Zwecke der Verwaltung nicht gerecht werden, der darin besteht, sich den Erfordernissen des öffentlichen Lebens anzupassen.

Aus diesem Grunde ist die Auffassung Landmanns[4]) abzulehnen, nach welcher die der Erlaubnis zum Betriebe eines Schauspielunternehmens beigefügten Bedingungen „einer gesetzlichen Unterlage bedürften". Da die Polizeibehörde nicht nur in den vom Gesetz vorgeschriebenen Fällen tätig wird, sondern im Rahmen der Gesetze auch nach freiem Ermessen handelt, sind Nebenbestimmungen gemäß § 32 G.O.

---

[1]) Z. B. Gewerbeordnung § 40, I (vgl. oben II d αα β) (3. Aufl.).
[2]) Tezner a. a. O. 208, 2; O. Mayer, § 22 III S. 259.
[3]) Vgl. Kormann, S. 150 und die dort angegebene Literatur; anderer Ansicht: Bernatzik, S. 287.
[4]) I, 366.

— auch ohne gesetzliche Grundlage — entgegen der Ansicht Landmanns für zulässig zu halten.

2. a) Diese Grundsätze, die allgemein Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten zulassen, haben naturgemäß nur insoweit Geltung, als ihnen nicht besondere Gründe entgegenstehen, welche die Beifügung von Nebenbestimmungen als unzulässig erscheinen lassen. Solche Unzulässigkeitsgründe ergeben sich aus dem Umstande, daß die Behörde manchmal nur tätig werden darf, wenn die im Gesetze festgelegten Voraussetzungen gegeben sind oder beim Vorliegen gewisser vom Gesetz gestellten Anforderungen in Tätigkeit treten muß. Die Behörde kann also ihren Verwaltungsakten keine Nebenbestimmungen beifügen, wenn sie nicht nach freiem Ermessen handeln darf, sondern gebunden ist. Aus der Betätigung des freien Ermessens können ebenfalls unzulässige Nebenbestimmungen hervorgehen, sobald nämlich dieses Ermessen nicht fehlerfrei zustande gekommen ist. Solche Ermessensfehler sind die Überschreitung sowie der Mißbrauch des freien Ermessens, welche beide die Unzulässigkeit der beigefügten Nebenbestimmungen zur Folge haben.

Darüber hinaus führt Kormann[5]) für die verschiedenen Bedingungsarten besondere Unzulässigkeitsgründe an, die sich jedoch unter die oben gefundenen, welche als Gebundenheit der Behörde einerseits und Ermessensfehler andererseits gekennzeichnet werden sollen, subsummieren lassen. So sind nach Kormann „Bedingungen im engeren Sinn und meist auch Befristungen nebst Widerrufsvorbehalten unzulässig bei den actus legitimi[6]) des öffentlichen Rechts, bei denen . . . die Unzulässigkeit . . . schon daraus folgt, daß ein Recht auf ihre Vornahme besteht". Daß bei diesen actus legitimi Nebenbestimmungen unzulässig sind, folgt aus dem Prinzip der Gebundenheit der Behörde. Wenn Kormann weiter von den Nebenbestimmungen über die Endigung der Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes der Ansicht ist, sie „erscheinen insoweit unzulässig, als das Gesetz selbst über die Endigung Bestimmung trifft",[7]) so hat die Unzulässigkeit doch ihren Grund darin, daß das Gesetz hier maßgebend ist und die Behörde bindet. Dasselbe ist endlich von den besonderen Unzulässigkeitsgründen der auf Ausschluß gesetzlicher Rechtswirkungen gerichteten Nebenbestimmungen und

[5]) S. 152 ff.
[6]) Z. B. Feststellungen, Statusbestimmungen, Genehmigung, Enteignungsbeschluß.
[7]) Kormann, S. 156.

der Auflage[8]) zu sagen. „Überall dort, wo diese Gewährung (eines Verwaltungsaktes) abhängt vom Ermessen der Behörde, überall dort sind Auflagen zulässig.“[9]) Unzulässig sind sie also dort, wo es kein freies Ermessen gibt, wo die Behörde gebunden ist. Ebenso fällt die Unzulässigkeit des Inhalts sowie die des mangelnden Zusammenhangs mit dem Verwaltungsakt unter die Ermessensfehler, da in diesen Fällen die Behörde ihr freies Ermessen fehlerhaft anwendet.

b) Neben diesen beiden sachlichen Unzulässigkeitsgründen — der Gebundenheit der Behörde und den Ermessensfehlern — gibt es noch Unzulässigkeitsgründe rein formaler Natur, die kurz vor den wichtigeren sachlichen behandelt werden sollen.

aa) Hier ist vor allem der Mangel der Schriftform zu erwähnen, gegen den die Nebenstimmungen verstoßen können. Allerdings gibt es formlose Verwaltungsakte, insbesondere stillschweigende, aber auch der Ausschluß des Stillschweigens soll noch keineswegs strenge Förmlichkeit bedeuten und nach der Auffassung mancher Schriftsteller genügt im Zweifel Mündlichkeit den Formvorschriften.[10]) Kormann[11]) proklamiert sogar die Formlosigkeit in Analogie zum Privatrecht als Grundsatz, allerdings ohne jede Begründung. Unbestritten ist jedenfalls, daß zu schriftlichen Verwaltungsakten auch schriftliche Nebenbestimmungen gehören. Bedingungen und Auflagen, die einem der Schriftform bedürftigen Verwaltungsakte beigefügt sind, bedürfen ebenfalls der Schriftform. Es muß aber überhaupt für die Fälle, in denen der Verwaltungsakt durch Nebenbestimmungen unübersichtlicher für den Bürger geworden ist, Schriftlichkeit verlangt werden.[12]) Das Erfordernis der Schriftlichkeit ist auch allein imstande, den Anforderungen, welche die Rechtssicherheit stellt, gerecht zu werden.

bb) Ferner ist die Zulässigkeit der Nebenbestimmungen in formaler Hinsicht abhängig von ihrer Bestimmtheit.[13]) Die Notwendigkeit diese Grundsatzes zeigt sich praktisch vor allem bei der Polizeierlaubnis. Es besteht die Möglichkeit, daß der Konzessionär aus der Nebenbestimmung nicht ersehen kann, wann seine Tätigkeit erlaubt oder verboten ist. In einem solchen Falle kann er sich einmal an die Behörde

---

[8]) Kormann, S. 158.
[9]) Kormann, S. 157.
[10]) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 262 ff.
[11]) S. 175.
[12]) O. Mayer, I 245 (2. Aufl.).
[13]) W. Jellinek, Gesetzesanwendung, S. 227.

wenden, um einen die erste Verfügung auslegenden Bescheid zu erhalten oder er kann der Nebenbestimmung eine Deutung geben, die ihm angemessen erscheint. Im ersten Falle hätte aber die Bedingung ihren Zweck verfehlt, da sie die Rechtslage verwirrt, anstatt sie zu vereinfachen und im zweiten Falle würde die Behörde die Erfordernisse des öffentliches Interesses gefährden. Diese Ausführungen haben auch in erhöhtem Maße für die Auflage ihre Geltung, welche den Auflagebeschwerten wissen lassen muß, welche Verpflichtungen sie ihm im einzelnen auferlegt. Es liegt mit Rücksicht auf Aufwendungen sowie auf die Strafbestimmungen[14]) im allgemeinen Interesse, die Auflagen bestimmt zu fassen.

Jedenfalls ist es notwendig, den Gegenstand der Bedingung so zu kennzeichnen, daß der mit dem Verwaltungsakt beschwerte Bürger ermessen kann, wann er die ihm gegebene Konzession ausüben kann oder wann er dem bedingten Befehl nachkommen muß. Ebenfalls muß mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit die in einer Auflage enthaltene Verpflichtung so eindeutig feststehen, daß der Bürger die ihm mit der Erlaubnis auferlegte Pflicht übersehen kann.

c) aa) Mit der Erledigung der Unzulässigkeitsgründe formaler Natur sollen nun die wichtigeren sachlichen Unzulässigkeitsgründe geprüft werden. Zunächst der der Gebundenheit der Behörde. Es erscheint logisch, daß in den Fällen, in denen die Behörde in ihrem Ermessen nicht frei, sondern gebunden ist, die Beifügung von Nebenbestimmungen ausgeschlossen ist.

α) Die Gebundenheit der Behörde besteht — wie bereits festgestellt — insbesondere bei den actus legitimi des öffentlichen Rechts, welche den Kern der bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäfte bilden. Zu diesen bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäften gehören nach Kormann[15]) insbesondere Feststellungen, Statusbestimmungen, Genehmigung und Enteignungsbeschluß. Woraus erklärt es sich nun, daß bei diesen Rechtsgeschäften die Beifügung von Nebenbestimmungen unzulässig erscheint? Die Feststellungen, Statusbestimmungen und Genehmigungen haben alle einen gemeinsamen Zweck: Sie sollen etwas „feststellen". Das Wesen der Feststellung soll bedeuten, daß sie lediglich „etwas bereits Vorhandenes widerspiegelt".[16]) Wenn nun aber die

[14]) § 147, I, Ziff. 2 G.O.
[15]) S. 153 ff.
[16]) W. Jellinek, Gesetzesanwendung, S. 194.

Behörde in der Form der Feststellung tätig wird, so kann sie kein freies Ermessen walten lassen, da sie doch nur Vorhandenes wiedergibt: z. B. die Naturalisation läßt weder die Beifügung einer Bedingung noch einer Befristung zu.[17]) Ebenso sollen die Genehmigungen feststellen, „daß . . . die genehmigte Handlung rechtmäßig vorgenomemn worden ist",[18]) woraus sich die Auffassung der Genehmigung als eines actus legitimus ergibt. Ist einer solchen Genehmigung die Bedingung beigefügt worden, daß gewisse Änderungen in dem genehmigten Rechtsgeschäft vorgenommen werden sollen, so ist darin eine Versagung zu sehen, die mit der unverbindlichen Verheißung verbunden ist, daß einem geänderten Entwurf die Genehmigung vermutlich erteilt werden würde.[19]) Kormann[20]) rechnet auch den Enteignungbeschluß zu den actus legitimi. Seine Bedingungsfeindlichkeit begründet er auf verschiedene Weise: Der Enteignungsbeschluß ist ein unfreier Verwaltungsakt und daher bedingungsfeindlich. Ferner weist er darauf hin, daß nach dem B.G.B. bedingtes Eigentum an unbeweglichen Sachen unmöglich ist und daß § 925 II B.G.B. auf den Enteignungsbeschluß entsprechend anzuwenden ist. Wenn man dieser entsprechenden Anwendung nicht folgen will, kommt man dennoch zu der Auffassung Kormanns mit Rücksicht darauf, daß Nebenbestimmungen auch wegen des eigenartigen Inhalts des Verwaltungsaktes unzulässig sein können. Die Eigenart der Enteignung ist aber allgemein anerkannt, z. B. auch von der Reichsverfasung Art. 153 II und zeigt sich z. B. auch darin, daß ihr Charakter im alten und neuen Recht verschieden ist.[21])

β) Die Gebundenheit der Behörde führt dazu, daß bei den Rechtshandlungen Nebenbestimmungen grundsätzlich unzulässig sind. An die Rechtshandlung knüpft die Rechtsordnung ohne Rücksicht auf die Erklärung der Behörde gewisse Folgen. Die Behörde ist nicht in der Lage, die Rechtsfolgen von sich aus zu bestimmen, ist also unfrei, da der Umfang der Wirksamkeit der Rechtshandlungen lediglich vom Gesetze bestimmt wird; sie kann also keine Nebenbestimmungen setzen. Es gibt daher keine bedingten Mitteilungen und bedingten Beurkundungen, auch keine Befristungen für

[17]) O.V.G. 13, S. 408.
[18]) Kormann, S. 154.
[19]) Kormann, S. 155.
[20]) Kormann, S. 156.
[21]) Vgl. Anschütz zu Art. 153, II, R.V. und die dort angegebenen Lehrmeinungen.

diese Akte. Die Tatsache, daß es befristete Bescheinigungen gibt, widerspricht dem Grundsatz der Unzulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Rechtshandlungen nicht. Kormann[22]) weist darauf hin, daß in solchen Fällen „die Befristung auf Gesetz beruht, welches einer Urkunde nur für bestimmte Zeit Beweiskraft zugesteht, oder aber, daß es sich um unechte Bescheinigungen handelt, d. h. um solche, die eine verkappte Erlaubnis oder sonstigen Verwaltungsakt darstellen".

Von dem Grundsatz der Unzulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Rechtshandlungen wegen Gebundenheit der Behörde muß allerdings eine Ausnahme anerkannt werden. Mit Rücksicht auf die selbständige Natur der Auflage, die nur äußerlich dem Verwaltungsakte angefügt ist, ist deren Beifügung auch bei Rechtshandlungen für zulässig zu halten.[23])

bb) Einen weiteren nunmehr zu untersuchenden Unzulässigkeitsgrund bilden die Ermessensfehler. Die Behörde hat in derartigen Fällen ihr freies Ermessen fehlerhaft betätigt, d. h. die Grenzen ihrer Befugnisse überschritten, so daß die Nebenbestimmungen unzulässig sind. Im Zusammenhang damit sollen auch die Fälle behandelt werden, in denen die Unzulässigkeit der Nebenbestimmungen auf nur teilweiser Gebundenheit der Behörde beruht. Die Behandlung dieser Fälle bei den Ermessensfehlern wird durch die Tatsache gerechtfertigt, daß in der Ermessensüberschreitung eine Anmaßung des freien Ermessens liegt, so daß die Unzulässigkeit wegen Ermessensüberschreitung auch zugleich die wegen Gebundenheit bedeutet.

α) Der wichtigere der beiden Punkte der Grenzen der Polizeigewalt ist der, in dem die Polizei nicht mehr einschreiten darf. Es handelt sich in solchen Fällen um die Grenze des Übermaßes, die erreicht ist, „sobald nicht mehr vorliegt ein genügendes negatives, von der befehlenden Behörde wahrzunehmendes öffentliches Interesse".[24]) In diesen Zusammenhang gehören insbesondere Fälle, in denen durch die Beifügung einer Nebenbestimmung seitens der Behörde ein Rechtssatz des öffentlichen Rechts — sei es durch Widerspruch mit einem allgemeinen Grundsatze oder einer höheren

---

[22]) S. 149.

[23]) Kormann (S. 150) weist auf das Vorkommen von Auflagen bei Bescheinigungen hin.

[24]) W. Jellinek, Gesetzesanwendung, S. 289.

Norm — verletzt wird. Ein Beispiel gibt Fleiner[25]) durch den Hinweis auf § 40 G.O., welcher die Erteilung von gewerbepolizeilichen Genehmigungen auf Zeit ausschließt. Wird nun eine derartige Erlaubnis durch die Hinzufügung einer Nebenbestimmung zu einer widerruflichen, so ist eine solche Nebenbestimmung unzulässig.[26]) Ebenfalls würde es unzulässig sein, durch Nebenbestimmungen eine Beschränkung in der gemäß § 41 G.O. enthaltenen freien Wahl des Arbeits- und Hilfspersonals herbeizuführen. In der einer Schankerlaubnis beigefügten Resolutivbedingung, welche die Beschäftigung weiblicher Bedienung verböte, würde eine unzulässige Überspannung des freien Ermessens zu erblicken sein.[27])

Unzulässig wegen Übermaßes ist es ferner, wenn einer Erlaubnis Nebenbestimmungen beigefügt werden, die nicht Rücksichten der betreffenden Gebiete, zu denen die Erlaubnis gehört, entstammen oder „Momente zur Geltung bringen, welche dem Gesetz fremd sind".[28]) So ist z. B. die „Anordnung" in einer Schankkonzession unzulässig, nach der der Wirt entlang der Front des Hauses ein Trottoir anlegen soll[29]) oder die Bedingung, daß die Wirtin ihren — „einwandfreien" — Mann weder vor noch nach der Verheiratung in ihrem Schankbetrieb beschäftigen darf.[30]) Im ersten Falle liegt für den Erlaß derartiger Nebenbestimmungen kein öffentliches Interesse, sondern lediglich ein steuerliches vor,[31]) und die Behörde kann jedenfalls nach Auffassung des Gerichts keinesfalls den § 33, I Ziff. 2 G.O. heranziehen, da es „entschieden zuweit geht, unter der Lage die gesamten Zugangsverhältnisse zu verstehen". Selbstverständlich ist es möglich, daß das Gesetz das steuerliche Interesse dem öffentlichen Interesse gleichsetzt. Die Behandlung derartiger Fälle gehört aber nicht in den Rahmen der vorliegenden Arbeit. Endlich gibt es noch eine Reihe von Fällen, in denen die Rechtsprechung Nebenbestimmungen wegen Übermaßes für unzulässig erklärt hat. So hat das preußische Oberverwaltungsgericht[32]) im Falle einer

[25]) a. a. O. S. 188 Anm. 27 und die dortige Literatur; Reger, 31, 463.

[26]) O.V.G. 52, 374; Reger, 61, 345.

[27]) Landmann, I, S. 535; Reger, 21, 13; 30, 22; 31, 460; O.V.G. 10, 288.

[28]) Fleiner, a. a. O. S. 188 Anm. 27.

[29]) Rieger, 33, 27.

[30]) Jahrbücher 17, 37.

[31]) Soergel, 6, 442.

[32]) Rieger, 18, 417.

Erlaubnis zum Betriebe einer Privatkrankenanstalt unter der Auflage, daß der Konzessionär sich jeder ärztlichen Behandlung der Patienten zu enthalten habe, ausgeführt, daß das öffentliche Interesse genügend gewahrt sei, wenn die Krankheit des betreffenden Patienten durch Attest eines approbierten Arztes angezeigt werde. Weitergehende Maßnahmen seien unzulässig. Nach Auffassung des Bayrischen Oberlandesgerichts[33]) ist ferner wegen Überschreitung des freien Ermessens die Auflage einer Bauerlaubnis unzulässig, nach der zur Verschönerung Fensterläden anzubringen seien usw. Eine zweckwidrige Nebenbestimmung ist ebenfalls unzulässig. — Wie bereits bemerkt wurde, sind wegen Übermaßes auch Nebenbestimmungen unzulässig, welche im Widerspruch zu einer höheren Norm, z. B. der Reichsverfassung stehen.

β) Von geringerer Bedeutung und daher von der Literatur kaum behandelt, ist die Grenze der Schädlichkeit. Nach Jellinek[34]) ist ein Zustand an der Grenze der Schädlichkeit angelangt, wenn die Polizei nach gesellschaftlichen Anschauungen ohne Pflichtverletzung nicht untätig bleiben darf. Die Polizei mag noch so frei in ihren Entschließungen sein; bei wirklicher dringender Gefahr hört aber diese Freiheit auf. Die Grenze der Schädlichkeit kann bei Nebenbestimmungen derart überschritten werden, daß etwas zur Bedingung gemacht wird, was zu den gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes gehört, und daß diese Voraussetzungen da sein müssen, damit der Verwaltungsakt überhaupt vorgenommen werden kann. Ebenso wird im Falle der Auflage der vom Verwaltungsakt Betroffene zu einem Tun oder Unterlassen verpflichtet, das zur Bedingung hätte gemacht werden sollen. Alle diese Nebenbestimmungen sind wegen Schädlichkeit unzulässig.

d) Die Frage, ob unzulässige Nebenbestimmungen durch Einwilligung des Betroffenen zulässig werden, richtet sich danach, ob die Zustimmung des Bürgers oder die vertragsmäßige Vereinbarung die Schranken der Polizeigewalt zuungunsten des Untertans verändern kann.[35]) Grundsätzlich wird man diese Frage verneinen und unzulässige Nebenbestimmungen durch Zustimmung des Betroffenen nicht gültig werden lassen können, da das öffentliche Recht im

[33]) Soergel, Jahrbuch 5, 282.
[34]) Gesetzesanwendung S. 289.
[35]) Fleiner, Einzelrecht, S. 26 ff; W. Jellinek, Gesetzesanwendung, S. 219.

Zweifel ius cogens darstellt[36]) und keine Vertragsfreiheit kennt. Es ist aber denkbar, daß in Fällen, in denen das Gesetz private Institute zuläßt, die unzulässige Nebenbestimmung durch Einwilligung des Betroffenen zulässig wird.

IV. Bei der Behandlung der Wirkungen, welche unzulässige Nebenbestimmungen hervorbringen, sind zwei Fragen zu unterscheiden; einmal: bewirkt die Fehlerhaftigkeit unzulässiger Nebenbestimmungen deren Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit und ferner welchen Einfluß hat die unzulässige Nebenbestimmung auf den Verwaltungsakt im ganzen. Dabei sind der Aufgabe gemäß vor allem diese Wirkungen bei der Auflage in den Vordergrund zu stellen.

1. Zunächst sei also geprüft, ob die unzulässige Nebenbestimmung nichtig oder anfechtbar ist. Dies ist von praktischer Bedeutung insofern, als die Nichtbeachtung einer nichtigen Nebenbestimmung keine Strafbarkeit zur Folge haben kann, da Nichtigkeit „die von sich aus bestehende Unbeachtlichkeit eines Verwaltungsaktes" darstellt,[1]) während der von einer anfechtbaren Nebenbestimmung Betroffene im Falle ihrer Nichterfüllung sich strafbar macht.

a) Bei der Betrachtung dieser Frage ist eine grundsätzliche Verschiedenheit im öffentlichen und privaten Recht festzustellen. Im Privatrecht gilt der Grundsatz der Nichtigkeit eines gesetzwidrigen Geschäftes, ein Grundsatz, der gemäß dem Prinzip der Vertragsfreiheit lediglich in den Fällen durchbrochen ist, in denen „der Gesetzgeber die Mangelhaftigkeit des Geschäfts abhängig sein läßt vom Willen der Partei, weil ihm das öffentliche Interesse an der Mangelhaftigkeit nicht groß genug zu sein scheint, um eine Nichtigkeitsnorm zu rechtfertigen".[2]) Das öffentliche Recht kennt im Gegensatz dazu vor allem aus Gründen der Rechtssicherheit grundsätzlich nur die Anfechtbarkeit.[3]) Es besteht der Grundsatz, daß ein Verwaltungsakt, er mag noch so „fehlerhaft sein, im Zweifel nicht unwirksam ist".[4]) Der Verwaltungsakt hat als Staatshoheitsakt die Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich, und es wäre unhaltbar, wenn jedermann das Recht hätte, den nach außen hin rechtsgültigen Verwaltungsakt als nicht vorhanden zu betrachten. Der Verwaltungsakt ist also bis zur erfolgten Anfechtung gültig. Dieser

[36]) Loening, 242; O.V.G. 10, 288.
[1]) Jellinek, Verwaltungsrecht, § 11.
[2]) Kormann, S. 217.
[3]) Kormann, S. 217; Schoen, 266; W. Jellinek, Gesetzesanwendung, 208; Fleiner, 206; Preuß. O.V.G. in J.W. 1927, S. 2550, 2551.
[4]) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, § 11.

Grundsatz gilt allgemein hinsichtlich der Zweckwidrigkeit, hinsichtlich der gesetzwidrigen Nebenbestimmungen, mit denen es die vorliegende Untersuchung zu tun hat, jedoch nicht ausnahmslos.[5]) Überhaupt schließen sich beide Folgen keineswegs aus.

b) Es ist durchaus möglich, das wesentliche Verstöße gegen Rechtsnormen die Nichtigkeit des Verwaltungsaktes herbeiführen, so daß auch Nebenbestimmungen nichtig sein können, sobald sie an wesentlichen Mängeln leiden. Stets muß es sich also um wesentliche Verstöße handeln, um die Nichtigkeit herbeizuführen.

aa) Solche wesentliche Verstöße liegen vor, wenn Nebenbestimmungen von einer sachlich oder örtlich unzuständigen Behörde erlassen sind.[6]) So sind z. B. Auflagen wegen sachlicher Unzuständigkeit nichtig, die von der Polizeibehörde unter Berufung auf die Generalklausel angeordnet worden sind, da deren Auferlegung lediglich nach neuem kontradiktorischem Verfahren durch die zur Konzessionierung zuständige Behörde zulässig ist.[7]) Die Nichtigkeit von Nebenbestimmungen, die ein örtlich unzuständiger Verwaltungsbeamter erläßt, folgt aus den besonderen Verhältnissen der Verwaltung. Diese geht von der Auffassung aus, daß allein die mit den örtlichen Verhältnissen vertraute Behörde die richtigen Anordnungen treffen kann.[8])

bb) Zu den wesentlichen Verstößen, welche Nichtigkeit zur Folge haben, gehört auch die Verletzung der Form- und Verfahrensvorschriften,[9]) von denen die Formvorschriften meist zwingender Natur sind, z. B. § 18 G.O.: Der Bescheid ist schriftlich auszufertigen und muß mit Gründen versehen sein. Ein formbedürftiger Verwaltungsakt, welcher der Form entbehrt, ist nicht vollständig und daher ohne Wirksamkeit, so daß er keine Erlaubnisse begründet, keine Pflichten auferlegt usw., also nichtig ist. Zu den wesentlichen Verfahrensvorschriften, deren Nichtbeachtung zur Nichtigkeit führt, sind vor allem die gesetzlichen Vorschriften über die Öffentlichkeit einer Sitzung zu rechnen.

cc) Endlich müssen sich die Nebenbestimmungen im Rahmen des rechtlichen und tatsächlich Möglichen halten, um nicht

---

[5]) Vgl. Kormann, S. 217 ff.
[6]) Fleiner, a. a. O. S. 203.
[7]) Landmann, I, 243.
[8]) Vgl. Preuß. O.V.G. 40, 300; Kormann, 248.
[9]) Fleiner, 204 Anm. 71; W. Jellinek, Gesetzesanwendung, 235 ff.; Jellinek, Fehlerhafter Staatsakt, 103, III; Andersen, 143 ff.; Kormann, 260.

der Nichtigkeit anheimzufallen.[10]) Allerdings muß auch hier betont werden, daß nur wesentliche Verstöße Nichtigkeit zur Folge haben, da die behördlichen Anordnungen doch den Schein der Rechtmäßigkeit besitzen; z. B. nichtig ist eine Verfügung, die von einem Fabrikherrn technisch unausführbare Schutzvorrichtungen zur Beseitigung der Rauchbelästigung verlangt.[11]) — Vor allem sind die Nebenbestimmungen nichtig, welche eine Verbotsnorm verletzen;[12]) wieder sind hier die §§ 40, I und 41, I G.O. heranzuziehen. § 40, I G.O. bestimmt, daß die in den §§ 29—33 a und 34 G.O. bezeichneten Approbationen und Genehmigungen weder auf Zeit erteilt noch unter anderen als den in § 53 G.O. vorgesehenen Umständen widerrufen werden dürfen. Aus dieser Bestimmung folgt, daß die Behörde diese Genehmigungen nicht ohne Verletzung einer Verbotsnorm unter einer resolutiven Bedingung erteilen kann,[13]) daß derartige Bedingungen also nichtig sind.[14]) Ebenso enthält § 41, I G.O. den Grundsatz, daß der Gewerbetreibende beliebig seine Gehilfen wählen darf. Dieser Grundsatz wird häufig bei Schankerlaubnissen in Form von Resolutivbedingungen von der Verwaltungsbehörde verletzt und führt zur Nichtigkeit derartiger beschränkender Bedingungen.[15]) — Endlich sind auch die Nebenbestimmungen nichtig, welche auf ein strafrechtlich verbotenes Tun oder Unterlassen gerichtet sind[16]) oder gegen die guten Sitten verstoßen;[17]) ebenfalls die, welche der Verfassung, dem Grundgesetz des Staates, entgegenstehen.

c) Abgesehen von diesen Ausnahmefällen, welche die Nichtigkeit aller Nebenbestimmungen — also auch der Auflagen — zur Folge haben, tritt vor allem bei der unzulässigen Auflage der das öffentliche Recht beherrschende allgemeine Grundsatz der Anfechtbarkeit wieder in den Vordergrund. Das Festhalten an diesem Grundsatze hinsichtlich der Auflagen rührt von dem besonderen Charakter dieser Nebenbestimmung her, und der Grund für ihre besondere Behandlung liegt in ihrer Selbständigkeit. War sie doch als eine

---

[10]) Fleiner, 205; W. Jellinek, Gesetzesanwendung, 224; Kormann, 233.

[11]) Soergel, Jahrbücher, 17, 198.

[12]) Fleiner, 205.

[13]) Dies würde mit dem Prinzip der Unwiderruflichkeit in Widerspruch stehen, Landmann, I, 527.

[14]) Vgl. Reger, 30, 22.

[15]) Preuß. O.V.G. bei Soergel, 4, 125; Sächs. O.V.G. bei Reger, 30, 460.

[16]) Kormann, 233.

[17]) O. Mayer, im Archiv öffentl. Recht, 3, 72 und 73.

selbständige, nur äußerlich dem Hauptrechtsgeschäft beigefügte Willenserklärung bezeichnet worden, als ein Annex des Verwaltungsaktes, der den Zweck hat, dem Betroffenen die Erfüllung bestimmter Pflichten vorzuschreiben.[18]) Aus dieser Charakterisierung ist zu ersehen, daß die Auflage im Grunde gar nichts anderes darstellt als einen Befehl der Behörde, der rein äußerlich dem Verwaltungsakte beigegeben ist. Ist aber dieser Befehlscharakter der Auflage einmal erkannt, so kommt man folgerichtig dazu, den für alle Befehle geltenden allgemeinen Satz auf die Auflage anzuwenden, daß „die Gesetzwidrigkeit nur Anfechtbarkeit, keine Nichtigkeit bewirkt".[19]) Diese Grundsätze beherrschen auch die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts, welches z. B. im Falle einer mit gesetzwidrigen Auflagen versehenen Bauerlaubnis[20]) diese, auch mit Rücksicht auf die Auflagen, durch Versäumung der Anfechtungsfrist verbindlich werden läßt und lediglich bei zwangsweiser Durchsetzung der Auflage das für alle gesetzwidrigen Polizeibefehle gegebene Rechtsmittel des § 133, I L.V.G. zuläßt.

Als Ergebnis ist daher festzustellen, daß eine unzulässige Auflage ihrem Wesen entsprechend lediglich zur Anfechtbarkeit führen kann.

2. Nachdem festgestellt worden ist, daß die Nebenbestimmungen insbesondere die Auflage nicht grundsätzlich nichtig ist, sondern nur zur Anfechtbarkeit führt, ist zu untersuchen, welche Wirkungen unzulässige Nebenbestimmungen auf den Verwaltungsakt als Ganzes ausüben, ob also nach Tezner[21]) „die unstatthafte Beschränkung (Bedingung, Befristung, Modus) den Willensakt invalidiere oder als nicht beigesetzt zu erachten sei".

a) Für das Privatrecht ist § 139 des B.G.B. heranzuziehen, der besagt: „Ist ein Teil eines Rechtsgeschäftes nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde." Diese Bestimmung kann naturgemäß nur auf die Auflage als selbständigen „Teil" eines Rechtsgeschäftes Anwendung finden. Aber auch für die unselbständigen Bestandteile des Rechtsgeschäfts wie es Bedingungen und Befristungen sind, gilt der allgemeine Grundsatz, daß unsittliche und unmögliche Bedingungen und Befristungen das ganze Rechtsgeschäft ergreifen.

---

[18]) Vgl. S. 23.
[19]) Kormann, S. 165; O.V.G. 4, 375; 12, 366.
[20]) O.V.G. 23, 331.
[21]) Archiv für öffentl. Recht, 9, 354.

Im öffentlichen Recht sind die Meinungen in dieser Frage sehr geteilt. Kormann[22]) ist der Ansicht, daß der den Verwaltungswillen überragende Gesetzeswille bewirkt, „daß, wenn jener einem vom Gesetz gebilligten Hauptgeschäftsinhalt noch eine unzulässige Nebenbestimmung beifügt, nur diese Bestimmung allein der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit unterliegt". Im Gegensatz zu Kormann meint W. Jellinek,[23]) daß die unzulässige Bedingung den Verwaltungsakt als Ganzes ergreift, da der Handelnde durch seine bedingte Handlung zeige, daß er lieber keinen als den unbedingten Erfolg wolle. Er findet es natürlicher, von den privatrechtlichen Rechtsgeschäften unter Lebenden her den Analogieschluß zu ziehen, nach dem die ungesetzliche Bedingung die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts herbeiführt (§ 139 B.G.B.), als von den besonderen Bestimmungen über die Testamente her, wonach eine condicio impossibilis als nicht gestellt anzusehen ist.[24]) Ein solcher Analogieschluß muß aber abgelehnt werden; die Anhänger dieser Auffassung übersehen wohl den eigentümlichen Charakter des öffentlichen Rechts, der vom Privatrecht verschieden ist.

Auch Tezner[25]) ist grundsätzlich für die Infizierung des ganzen Rechtsgeschäfts mit der Begründung, daß „durch Ignorierung der Beschränkung jedenfalls dem Wollenden Zwang angetan wird", läßt aber eine Ausnahme zu, „wo die Beschränkung auf Vereitelung gesetzlicher Einrichtungen oder auf eine gesetzwidrige Belastung des einzelnen gerichtet ist, und die Rücksicht auf die Rechtssicherheit des einzelnen die Aufrechterhaltung des Willensaktes fordert".

Fleiner[26]) erkennt beide Möglichkeiten an durch die Empfehlung einer besonderen Prüfung in jedem Einzelfall, „ob die Beifügung einer unzulässigen Nebenbestimmung (Bedingung oder Befristung) die ganze Verfügung ungültig macht oder nur die Streichung der unzulässigen Klausel nach sich zieht".

In gleicher Weise wie die Wissenschaft ist die Rechtsprechung in dieser Frage keineswegs einheitlich. So finden sich zahlreiche Urteile des Reichsgerichts und Oberverwaltungsgerichts, welche der von Kormann geteilten Auffassung

[22]) S. 161.
[23]) Krit. Vierteljahrsschr., 50, 301 ff.
[24]) W. Jellinek, Fehlerhafter Staatsakt, S. 92 ff; Gesetzesanwendung, 215.
[25]) Archiv für öffentl. Recht, 9, 354.
[26]) S. 189.

entsprechen, wobei jedoch zu bemerken ist, daß insbesondere in neuerer Zeit die entgegengesetzte Auffassung in der Rechtsprechung der obersten Gerichte hervortritt. Das preußische Oberverwaltungsgericht,[27]) das sächsische Oberverwaltungsgericht[28]) und das württembergische Ministerium des Innern[29]) haben mit gewissen Einschränkungen die resolutiv bedingte Erlaubnis für nichtig erklärt. Das preußische Oberverwaltungsgericht hat der Auffassung Ausdruck verliehen, daß die Beschränkung nicht ohne weiteres als nicht beigefügt zu betrachten sei. Wenn festgestellt wird, daß die Erlaubnis nur unter dieser für wesentlich angesehenen Nebenbestimmung erteilt worden ist, daß sie ohne diese Nebenbestimmung gar nicht erteilt worden wäre, so ist der gesamte Verwaltungsakt nichtig.

b) Um zu einer Meinung in dieser Frage zu kommen, sollen die soeben mitgeteilten Ansichten einer Kritik unterzogen werden. Kormann begründet seine Meinung, daß unzulässige Nebenbestimmungen als nicht beigefügt anzusehen seien damit, daß dem Gesetzeswillen gegenüber dem Verwaltungswillen eine überragende Bedeutung zukomme und beschränkt sich in seiner Begründung im übrigen darauf, daß seine Auffassung allgemein von der Literatur und Praxis geteilt werde. Allein seine Begründung steht auf schwachen Füßen, wenn man bedenkt, daß man mit seinem Argument ebenfalls zur gegenteiligen Auffassung gelangen kann. Kormann geht vom überragenden Gesetzeswillen aus, der die Wirkung hat, daß unzulässige Nebenbestimmungen in sich zusammenfallen. Dieser überragende Gesetzeswille muß dann aber auch die Wirkung haben, daß der ganze Verwaltungsakt zusammenfällt, wenn der Gesetzeswille den Verwaltungsakt ohne die Nebenbestimmung nicht wünscht.

Ferner gibt Kormanns Auffassung in den Fällen des freien Ermessens keine befriedigende Lösung. Wenn der Behörde vom Gesetzgeber gestattet ist, innerhalb der Grenzen des freien Ermessens zu handeln und dem in Ausübung des freien Ermessens getätigten Verwaltungsakt eine unzulässige Nebenbestimmung beigefügt ist, so ist doch für die Wirksamkeit des ergangenen Verwaltungsaktes vor allem der Wille der handelnden Behörde entscheidend. Hier entscheidet der überragende Wille der handelnden Behörde,

---

[27]) Reger, 30, 22.
[28]) Reger, 31, 460.
[29]) Reger, 24, 44.

nicht der des Gesetzgebers! Diese Auffassung vertritt W. Jellinek,[30]) der mit seinem Satze, daß der bedingt Handelnde zeige, daß er lieber keinen als den unbedingten Erfolg wolle, seinerseits wieder zu weit geht. Wenn z. B. eine Bauerlaubnis unter der Bedingung erteilt ist, daß vor Baubeginn Anliegerbeiträge zu hinterlegen oder sicherzustellen seien,[31]) so ist diese Erlaubnis trotz der unzulässigen Nebenbestimmung gültig. Die Polizeibehörde hat ohne ein zwingendes öffentliches Interesse die Bedingung beigefügt, so daß sie den Verwaltungsakt keineswegs nur bedingt erlassen konnte. Ihr Wille ist also in diesem Falle ganz unmaßgeblich.

Nach dieser Würdigung der beiden streitigen Auffassungen muß man dazu kommen, mit Fleiner[32]) beide Möglichkeiten anzuerkennen und im Einzelfalle prüfen, ob die Beifügung einer unzulässigen Nebenbestimmung die ganze Verfügung ungültig macht oder nur die Streichung der unzulässigen Klausel nach sich zieht.

c) Bei der Frage nach der Wirkung einer unzulässigen Auflage auf den Verwaltungsakt als Ganzes ist wieder von dem besonderen Charakter der Auflage auszugehen, welche eine für sich selbständige, mit dem zugehörigen Verwaltungsakt nur äußerlich verbundene Anordnung enthält. Aus dieser Kennzeichnung der Auflage ist leicht der Schluß zu ziehen, daß ihre Unzulässigkeit die Hinfälligkeit des Verwaltungsaktes keineswegs bewirken kann. Da die Auflage keinen zu den Voraussetzungen des Verwaltungsaktes gehörenden Umstand zum Inhalt hat wie die Bedingung, bringt ihr Fortfall dem öffentlichen Interesse auch kaum Gefahr. Wird die unzulässige Auflage also hinfällig, so entsteht noch keineswegs der Zustand, welcher die Versagung des Verwaltungsaktes rechtfertigen würde.

Aus diesen Gründen kann eine unzulässige Auflage auf den Bestand des Verwaltungsaktes als Ganzes keine Wirkung haben.

C. Damit sind die Untersuchungen über die verwaltungsrechtlichen Nebenbestimmungen abgeschlossen. Als Ergebnis ist festzustellen, daß das Verhältnis von privatem und öffentlichem Rechte einer Prüfung unterzogen wurde, welche zeigte, daß eine Übertragung von Instituten des Zivilrechts auf das öffentliche Recht möglich und zulässig ist, ohne daß

---

[30]) Vgl. Fehlerhafter Staatsakt, S. 61 ff.

[31]) Soergel, Jahrbuch, 4, 582.

[32]) Fleiner, S. 189.

damit die betreffenden Begriffe in den beiden Rechtsgebieten nach Form und Inhalt gleichzusetzen sind. Diese Verschiedenheit — wenigstens hinsichtlich des Inhaltes — wurde vor allem bei der Untersuchung der Auflage dargelegt; sie ergab sich aus dem Wesen des Verwaltungs- und Zivilrechts.

Der Aufgabe entsprechend wurden ferner die Wirkungen einer unzulässigen Auflage untersucht. Die Selbständigkeit der Auflage, welche im Grunde auch einen Befehl der Behörde darstellt, rechtfertigte die Anwendung des das öffentliche Recht beherrschenden Grundsatzes der Anfechtbarkeit eines unzulässigen Verwaltungsaktes, der zunächst als Staatshoheitsakt die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit für sich hat. Aus dem gleichen Grunde wurde die Wirkungslosigkeit einer unzulässigen Auflage auf den Verwaltungsakt als Ganzes festgestellt.

Literaturverzeichnis.

Ackermann: Die Baukonsense und die polizeilichen Beschränkungen der Baufreiheit nach preußischem Recht. Berlin 1910.

Andersen: Ungültige Verwaltungsakte. Mannheim 1927.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reiches. 10. Auflage. Berlin 1929.

Apelt: Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Leipzig 1920.

Baltz-Fischer: Preußisches Baupolizeirecht. Berlin 1926.

Bernatzik: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Wien 1880.

Binder: Philosophie des Rechts. Berlin 1925.

Born: Das preußische Baupolizeirecht. Berlin 1902.

— Das preußische Wassergesetz. Berlin 1926.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Halle 1910—12.

Eger: Handbuch des preußischen Eisenbahnrechts. Breslau 1889—96.

Enneccerus: Über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung und des Anfangstermins. Göttingen 1871.

— Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil, 25.—29. Auflage. Marburg 1926.

Feigel: Die Auflage nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Erlanger Diss. 1898.

Fitting: Im Archiv für zivilistische Praxis. Band 39, S. 308 ff.

Fleiner: Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht. Tübingen 1906.

— Einzelrecht und öffentliches Interesse. Staatsrechtliche Abhandlungen Bd. 2. Tübingen 1925.

— Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl. Tübingen 1928.

Friedrichs: Der allgemeine Teil des Rechts. Berlin und Leipzig 1927.

von Gehe: Zur Frage der Anwendung der sog. Privatrechtstitel im öffentlichen Recht. (In Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, Bd. 34.) Leipzig 1908.

Gerhardt: Die Verjährung öffentlich-rechtlicher Ansprüche. (Zeitschrift der freiwilligen Gerichtsbarkeit von Boscher-Mayer, Bd. 43, S. 104.) Stuttgart 1901.

von Gierke: Die Genossenschafts-Theorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.
Gleim: Das Gesetz über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen. Berlin 1907.
Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 5. und 6. Aufl. Leipzig 1927.
Herrnritt: Grundlehren des Verwaltungsrechts. Tübingen 1921.
Holliger: Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht. Züricher Diss. 1904.
Holtz-Kreutz: Das preußische Wassergesetz. 3. und 4. Aufl. Berlin 1927.
Hue de Grais: Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reich. 24. Aufl. 1927.
Jellinek, Georg: Gesetz und Verordnung. Freiburg 1887.
— — System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. Tübingen 1905.
— Walter: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. Tübingen 1908.
— — Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Tübingen 1913.
— — Verwaltungsrecht. 1931.
Keller-Trautmann: Kommentar zum Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz vom 22. 7. 1913. München 1914.
Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtlehre. Tübingen 1911.
— Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft. (Archiv für öffentliches Recht, Bd. 31, S. 53 und 190 ff.) Tübingen 1913.
Kipp: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Erbrecht. 11. bis 13. Aufl. Marburg 1921.
Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Berlin 1910.
Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 6. Aufl. Tübingen 1911.
von Landmann-Rohmer; Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. 8. Aufl. München 1930.
Lassar: Der Erstattungsanspruch im Verwaltungsrecht und Finanzrecht. Berlin 1921.
von Laun: Das freie Ermessen und seine Grenzen. Leipzig und Wien 1910.

Loening: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig 1884.
Mayer, F. F.: Grundsätze des Verwaltungsrechts. Tübingen 1862.
— Otto: Deutsches Verwaltungsrecht. 1. u. 2. Bd., 1. Aufl. 1895; 3. Aufl. München und Leipzig 1924. 2. Aufl. 1914.
— — Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrage. (Archiv f. öffentl. Recht, Bd. 3, S. 72 und 73.)
Merkl: Allgemeines Verwaltungsrecht. 1927.
Meyer-Dochow: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 4. Aufl. Leipzig 1915.
Nieberding-Frank: Wasserrecht und Wasserpolizei im preußischen Staate. Breslau 1889.
Parey: Preußisches Verwaltungsrecht. Berlin 1887.
Reger: Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden auf dem Gebiete des Verwaltungs- und Polizeistrafrechts. München.
Rosin: Das Recht der öffentlichen Genossenschaft. Freiburg 1888.
— Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen. 2. Auflage. Berlin 1895.
Sander: Kelsens Rechtslehre, Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz. Tübingen 1923.
Schellong: Im Verwaltungsarchiv, Bd. 18. Berlin 1910.
von Scheurl: Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. Erlangen 1871.
Schicker: Die Gewerbeordnung. 4. Aufl. Stuttgart 1901.
Schoen: Deutsches Verwaltungsrecht in Holtzendorfs und Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaften, 7. Aufl., Bd. 4. Berlin 1914.
Scholz: Zur Lehre von der Bauerlaubnis. (Verwaltungsarchiv, Bd. 23, S. 251 ff., Heft 2/3.) Berlin, März 1915.
Soergel: Jahrbuch der Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht. Stuttgart.
Sohm: Institutionen. 13. Aufl. Leipzig 1908.
Sulser: Bedingung und Auflage. (Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft.) Aarau 1919.
Stoerk: Bei Grünhut, Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht, Bd. 12, S. 159. Wien.
Sprockhoff: Wesen und Natur der Bedingung und Auflage unter besonderer Berücksichtigung der Auflage. Erlanger Diss. 1927.
Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 2. Bd., 12. und 13. Aufl. Tübingen 1926.

Stier-Somlo: Die Einwirkung des bürgerlichen Rechts auf das preußisch-deutsche Verwaltungsrecht. Berlin 1900.
Tezner: Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht. (Archiv für öffentliches Recht, Bd. 9.) Freiburg und Leipzig 1894.
— Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens. Wien 1896.
— Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege. Berlin 1901.
von Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Teil 1910; 2. Teil 2. Hälfte, München und Leipzig 1918.
Weyr: Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems. (Archiv für öffentliches Recht, Bd. 23.) Tübingen 1908.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Frankfurt 1906.

———

Deutsche Juristenzeitung 1913.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts.
Jahrbuch des öffentlichen Rechts. Herausgegeben von Jellinek, Laband, Piloty. Tübingen 1907 ff.
Juristische Wochenschrift 1927.

Lebenslauf.

Ich wurde am 24. Oktober 1906 in Stargard i. Pom. als Sohn des Kaufmanns David Schnell geboren. Im Jahre 1916 wurde ich in die Sexta des humanistischen Gymnasiums in Stargard aufgenommen, 1926 bestand ich daselbst die Reifeprüfung. Ich studierte sodann Rechts- und Staatswissenschaft an den Universitäten München, Heidelberg, Berlin und Breslau. Am 26. Juni 1931 bestand ich am Oberlandesgericht Breslau das Referendarexamen und begann darauf meinen Vorbereitungsdienst bei dem Amtsgericht in Labes i. Pom. Seit Januar 1932 bin ich als Referendar beim Landgericht in Stargard i. Pom. tätig. Am 15. Juli 1932 legte ich die Doktorprüfung an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich Wilhelms-Universität in Breslau ab.

Arno Schnell.